

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S

VS

CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Agotado todo el trámite procesal, con la observancia de todos los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a proferir, en derecho, el Laudo que finaliza el proceso arbitral entre SAMPOL COLOMBIA S.A.S. (Convocante), por una parte y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (Convocado), por la otra.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Tabla de contenido

CAPÍTULO 1. LAS PARTES Y SUS APODERADOS.....	4
CAPÍTULO 2. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO	6
CAPÍTULO 3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	31
I. EL THEMA DECIDENDUM	31
II. EL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO SOBRE EL CUAL SE EDIFICA EL PRESENTE TRÁMITE	32
III. CRUCE EPISTOLAR SURTIDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO DEL PUNTO DE CONTROVERSIA EN EL CONTRATO CELEBRADO	45
IV. PRETENSIONES Y EXCEPCIONES.....	52
A. ASPECTOS INICIALES.....	52
B. ASPECTOS ESPECIFICOS: LAS EXCEPCIONES.....	55
C. ASPECTOS ESPECIFICOS: DE LAS PRETENSIONES.....	96
D. OBJECCIÓN JURAMENTO ESTIMATORIO	113
E. CONDUCTA DE LAS PARTES	116
CAPÍTULO 4. PARTE RESOLUTIVA	117

CAPÍTULO 1
LAS PARTES Y SUS APODERADOS

1. Como parte demandante.

SAMPOL COLOMBIA S.A.S.¹ sociedad de naturaleza mercantil, constituida mediante documento privado de accionista único del veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012), inscrita el trece (13) de agosto de dos mil doce (2012), bajo el número 01657977 del libro IX, con matrícula mercantil número 02243783, del trece (13) de agosto de dos mil doce (2012), de la Cámara de Comercio de Bogotá, e identificada con el NIT número 900.545.220-8, con domicilio en Bogotá, D.C., y cuyo objeto social principal lo constituye cualquier tipo de actividad comercial o civil, la comercialización y servicios de ingeniería, generación, distribución y comercialización eléctrica, de telecomunicaciones y de sistemas de información entre otros. Representada legalmente por el señor GABRIEL SAMPOL MAYOL.

Se señala que esta sociedad tiene como matriz a la sociedad española Sampol Ingeniería y Obras S.A. Así, lo informa el hecho número 1.4. de la demanda, y que reitera la convocada en su contestación de la demanda y otros documentos obrantes en el proceso.

La parte demandante comparece al presente proceso arbitral, por intermedio del doctor DIONISIO ENRIQUE ARAUJO ANGULO, en su calidad de apoderado general, a quien oportunamente se le reconoció personería jurídica para actuar en el proceso.

2. Como parte demandada.

CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S.² sociedad de naturaleza mercantil, constituida mediante documento privado de accionista único, del seis (6) de febrero de dos

¹ Certificado de existencia y representación legal folios 15 a 26 del Cuaderno Principal N.º 1

² Certificado de existencia y representación legal folios 27 a 37 del Cuaderno Principal N.º 1

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

mil quince (2015), inscrita el diez (10) de febrero de dos mil quince 2015, bajo el número 01909947 del libro IX, con matrícula mercantil número 02540800, de la Cámara de Comercio de Bogotá, e identificada con el NIT número 900.818.642-5, con domicilio principal en Bogotá, representada legalmente por el señor PEDRO ROMERO GONZÁLEZ y cuyo objeto social lo constituye la realización de cualquier actividad mercantil o civil, en particular la construcción y explotación de toda clase de obras, sean públicas o privadas, tales como puentes, túneles, edificaciones de toda clase, represas, y embalses, pudiendo acudir para contratarlas a licitaciones, procesos de selección abreviado, concurso de méritos, subastas, entre otros.

Igualmente, señalan documentos obrantes en el proceso, que esta sociedad tiene como matriz a la sociedad española Construcciones OHL S.A.

La parte demandada compareció hasta la contestación de la demanda por intermedio del doctor JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ a quien se le reconoció personería jurídica oportunamente para actuar como apoderado judicial. A partir de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios celebrada el dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020), se le reconoció personería jurídica a la doctora ELIZABETH CAICEDO BELLO. Desde la audiencia del veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020) se le concede personería jurídica al doctor LUIS CARLOS SÁCHICA VELÁZQUEZ, en atención a la renuncia del poder otorgado al doctor JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ.

Se desprende del material probatorio recaudado, que las partes mantienen una cordial relación comercial, y que sus respectivas matrices normalmente trabajan en España en actividades análogas.

Por la actividad que vienen desarrollando las partes, y la estructura técnica, administrativa, financiera y jurídica que presentan, se puede afirmar que son profesionales de los actos y actividades que desarrollan.

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

Inicialmente resulta importante precisar dos aspectos, el primero de ellos, que a partir de la audiencia de instalación y con motivo de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional debido a la pandemia desatada por el Covid-19³, el Tribunal ha venido sesionando en forma no presencial mediante la utilización de las herramientas tecnológicas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cumplimiento de los Decretos Legislativos 491 y 806 de 2020. El segundo que, por los mismos motivos de la emergencia sanitaria, el expediente del trámite se integró de forma electrónica en la plataforma Google Drive⁴.

El Tribunal señala que las etapas procesales surtidas en el desarrollo del presente trámite arbitral se cumplieron en legal forma, de conformidad con el trámite previsto en el capítulo II de la Ley 1563 de 2012 correspondiente al arbitraje nacional institucional⁵, tal y como se relaciona a continuación.

1. Solicitud de convocatoria y designación de Árbitros.

La parte demandante, a través de apoderado, presentó la demanda inicial ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)⁶ invocando el pacto arbitral establecido en la cláusula vigésima primera del contrato suscrito por las partes fechado el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)⁷, cuyo texto es:

³ Resolución N° 385 del doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020) el Gobierno Nacional declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y ordenó medidas preventivas de aislamiento y cuarentena a nivel nacional.

⁴ Dirección electrónica de acceso:

<https://drive.google.com/drive/folders/1XVkwv618TLrCAaV9eTe3B5rPDc4BVDYN?usp=sharing>

⁵ De conformidad con lo establecido en la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA numeral 21.2. del contrato suscrito por las partes fechado el veinticinco (25) de febrero de 2016: "21.2 El proceso arbitral se regirá por las normas vigentes en Colombia para el arbitraje nacional institucional."

⁶ Folios 02 a 14 del Cuaderno Principal N.º 1.

⁷ Folio 26 Cuaderno de Pruebas N° 1.

“VIGÉSIMO PRIMERO CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier controversia o reclamo que surja entre las Partes con motivo de la interpretación, aplicación, cumplimiento, ejecución o terminación de este Contrato que no se solucione directamente entre ellas, será decidida de manera definitiva por un arbitraje institucional, administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., de acuerdo con las siguientes reglas:

21.1 El tribunal estará integrado por un (1) árbitro si el pleito es de menor cuantía, o por tres (3) árbitros si es de mayor cuantía; los árbitros serán designados de común acuerdo por las Partes y, en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.

21.2 El proceso arbitral se regirá por las normas vigentes en Colombia para el arbitraje nacional institucional.

21.3 El laudo deberá proferirse en derecho.

21.4 El Tribunal funcionará en Bogotá D.C.”

El Tribunal está debidamente integrado por los doctores **RAFAEL FRANCISCO NAVARRO DÍAZGRANADOS, MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA y OMAR RODRÍGUEZ TURRIAGO**, en la medida que se cumplieron los requerimientos establecidos por las partes en el pacto arbitral, tanto en su número, calidades, como en el mecanismo de designación, el cual fue realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo público realizado el catorce (14) de enero de dos mil diecinueve (2019)⁸.

Finalmente, los árbitros designados aceptaron su designación dentro de la oportunidad legal, previo agotamiento del deber de información, sin que existiera reparo alguno sobre ello por ninguna de las partes.

⁸ Folios 81 a 82 del Cuaderno Principal N.º 1.

2. Audiencia de Instalación. Admisión y Contestación de la Demanda.

El dos (02) de marzo de dos mil veinte (2020), se adelantó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral⁹. En ella, previa indicación de haberse designado al doctor **RAFAEL FRANCISCO NAVARRO DÍAZGRANADOS** como Presidente, se profirió el Auto No. 1, mediante el cual:

- i. El Tribunal se declaró legalmente instalado;
- ii. Se designó al doctor Andrés Fernando Torres Martínez como Secretario;
- iii. Se fijó como lugar de funcionamiento y de secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje, ubicado en la Calle 76 No. 11 -52 de Bogotá;
- iv. Se reconoció personería a los doctores Dionisio Enrique Araujo Angulo, como Apoderado de la parte demandante, y José Roberto Sáchica Méndez, como Apoderado de la parte demandada.
- v. Se inadmitió la Demanda Inicial por no cumplir con los requisitos establecidos en los numerales 7º y 10º del artículo 82 del Código General del Proceso.

El cinco (05) de marzo de dos mil veinte (2020), la parte demandante presentó memorial subsanando la demanda inicial¹⁰.

El secretario aceptó el cargo, cumplió con el deber de información a las Partes y tomó posesión ante el Presidente el dieciocho (18) de marzo de dos mil veinte (2020)¹¹.

El dieciocho (18) de marzo de dos mil veinte (2020), el Tribunal admitió la demanda y dispuso su notificación personal y traslado a la parte demandada¹².

El diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020), se surtió la notificación personal del

⁹ Folios 126 a 130 del Cuaderno Principal N.º 1.

¹⁰ Folios 143 a 144 del Cuaderno Principal N.º 1.

¹¹ Folio 145 a 146 del Cuaderno Principal N.º 1.

¹² Expediente digital archivo en formato pdf "4 AUTO N.º2 ADMITE DEMANDA 18032020" del Cuaderno Principal N.º1.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

auto admisorio de la demanda a la parte demandada¹³.

El veintidós (22) de abril de dos mil veinte (2020), de manera oportuna, la demandada en ejercicio de su derecho de defensa contestó la demanda incluyendo la proposición de las excepciones de mérito y presentó objeción al juramento estimatorio de la demanda¹⁴.

Dentro del traslado de las Excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio, la parte demandante aportó y solicitó pruebas adicionales¹⁵ y no se manifestó respecto de la objeción al juramento estimatorio, y vencido éste, el Tribunal, mediante Auto N.º 4 del once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), señaló fecha para llevar a cabo Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios y gastos del Tribunal¹⁶.

2.1. Pretensiones de la demanda.

La parte demandante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas¹⁷:

“1. Se declare que entre Sampol y OHL se suscribió con apego a la ley contrato que tuvo por objeto “Suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras para la certificación del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón (CLO) bajo la normativa de la Organización de la Aviación Civil Internacional -OACI-, de conformidad con las especificaciones técnicas del proyecto, el plazo, plan de trabajo demás aspectos expresados en los anexos”.

2. Se declare que Sampol Colombia SAS cumplió con sus obligaciones contractuales en la forma y tiempo debidas, de conformidad con el texto del contrato.

¹³ Expediente digital archivo en formato pdf “6 MAIL NOTIFICACION PERSONAL OHL AUTO N° 2 ADMITE DEMANDA 190320202” del Cuaderno Principal N°1.

¹⁴ Expediente digital archivos en formato pdf “8.1. MAIL OHL CONTESTACIÓN DEMANDA Y OBJECCIÓN; 8.2. CONTESTACION DEMANDA 22042020 y 8.3. OBJECION JURAMENTO ESTIMATORIO 22042020” del Cuaderno Principal N°1.

¹⁵ Expediente digital archivo en formato pdf “11.2 MEMORIAL DESCORRE TRASLADO EXCEPCIONES DE MERITO 07052020” del Cuaderno Principal N°1.

¹⁶ Expediente digital archivo en formato pdf “12 AUTO N° 4 FIJACION AUDIENCIA DE CONCILIACION Y HONORARIOS 11052020” del Cuaderno Principal N°1.

¹⁷ Folios 10 y 11 de Cuaderno Principal N°1.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

3. Se declare que *CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS* incumplió las suyas, así:

i- la obligación de pagar a Sampil la remuneración pactada en la forma y tiempo debidos.

ii- La obligación de devolver a Sampil las sumas de dinero que retuvo a título de retención en garantía en el tiempo previsto en el *Parágrafo Primero* de la *Clausula sexta* del contrato.

4. En consecuencia, de las anteriores declaraciones se condene a *Construcciones Colombianas OHL SAS*, a favor de Sampil, al pago de las siguientes sumas de dinero:

4.1. Saldo de obra y suministro de materiales pendientes de pago, previa amortización del anticipo recibido, que corresponde a la suma de mil tres cientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil quince pesos (\$1.394.127. 315.oo), junto con el IVA a que haya lugar.

4.2. Al pago de intereses de mora a la máxima tasa legal dispuesta por la ley para este tipo de obligaciones, calculados sobre la suma pretendida en el anterior numeral de mil tres cientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil quince pesos (\$1.394.127. 315.oo), desde cuando se certificó por OHL la recepción de los últimos de los últimos trabajos efectuados por Sampil y aún pendiente de pago se recibieron los trabajos por OHL el 29 de agosto de 2017, y hasta cuando su pago se produzca.

4.3. La devolución de los dineros retenidos por OHL a título de retegarantía la suma de cuatrocientos siete millones cincuenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$407.057. 728.oo).

4.4. Al pago de los intereses de mora a la máxima tasa legal dispuesta por la ley para este tipo de obligaciones, calculados sobre la suma pretendida en el anterior numeral de cuatrocientos siete millones cincuenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$407.057. 728.oo), desde el 1 de marzo de 2018 cuando se cumplió el plazo contractual para su devolución por parte de OHL, y hasta cuando su pago se produzca.

4.5. A título de reparación integral en los términos ordenados por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se condene a *construcciones colombianas OHL* a restituir el

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

patrimonio de Sampol Colombia SAS en el valor en que esta se vea obligada a cancelar en favor de la DIAN las sanciones e intereses por presentación inexacta de las obligaciones de declaraciones de IVA, tal y como fuera Sampol requerida por aviso de emplazamiento para corregir con identificación No 32240202019000582 del 28/10/2019.

4.6. A las costas y demás gastos procesales a que haya lugar, incluidos honorarios de abogado y gastos de instalación y funcionamiento de este Tribunal.”.

2.2. Hechos de la demanda

El *petitum* se sustentó en los hechos que fueron presentados por la demandante en cuatro subcapítulos, como se indican a continuación¹⁸:

1. “Del objeto, modalidad y precio del contrato”¹⁹

1.1. *CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., fue contratada por la concesionaria AEROCALI SA para la ejecución de un contrato de obra “PARA LA CERTIFICACION DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL ABA (CLO) BAJO LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA AVIACION CIVIL INTERNACIONAL – OACI”,*

1.2. *En tal condición de contratista de obra CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S subcontrató con SAMPOL COLOMBIA SAS. el suministro de equipos y su instalación mediante la ejecución de obras necesarias para el balizamiento de la pista del Aeropuerto Alfonso Bonilla, como parte de los trabajos necesarios para la certificación OACI de tal aeropuerto, mediante contrato suscrito en OCTUBRE DE 2016.*

1.3. *El contrato suscrito entre OHL y SAMPOL se denominó “contrato de obra”, y como objeto del mismo se pactó el siguiente:*

“El Objeto del Contrato es: SUMINISTRO DE MATERIALES Y EJECUCIÓN DE OBRAS ELECTRICAS Y BALIZAMIENTO PARA LAS OBRAS PARA LA CERTIFICACION DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL ABA (CLO) BAJO LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA AVIACION CIVIL INTERNACIONAL – OACI”

¹⁸ Folios 02 a 09 del Cuaderno Principal N°1.

¹⁹ Ibídem folios 02 a 03. en este subcapítulo se presentan siete hechos:

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

- 1.4. *El Contrato fue producto de una invitación que OHL hiciera, entre otras, a la sociedad matriz de Sampol Colombia SAS, la sociedad de nacionalidad española denominada Sampol Ingeniería y Obras SA, quien habiendo presentado oferta en noviembre de 2015 en forma de precios unitarios fue escogida para ser la ejecutora del objeto contractual. Como consta en correo electrónico de fecha 07 de marzo de 2016 emitido desde la cuenta manuel.cabrales@ohl.com.co, de la firma contratante, y dirigido a quien fuera director residente de OHL en Colombia Carlos Fernández Estebán, y por este redirigido a la cuenta ebilbao@sampol.com.co de la firma contratista, OHL redactó el contrato objeto de esta reclamación, que luego de revisado y solicitado ajustar en algunas cláusulas fue finalmente suscrito (Prueba No. 1)*
- 1.5. *Como consta en correo electrónico de fecha 24 de junio de 2016 emitido desde la cuenta alejandro.gala@ohl.es, de la firma contratante, y dirigido a la cuenta ebilbao@sampol.com.co de la firma contratista, OHL aceptó modificar el contratista para que fuera la sociedad colombiana Sampol Colombia SAS, y por ello redactó el modelo final del contrato objeto de esta reclamación, que fuera firmado con fecha 25 de febrero de 2016 (prueba No. 2)*
- 1.6. *El precio del contrato se pactó de la siguiente forma: “El valor total estimado del presente contrato, equivale a la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS UN PESOS M.L.C. (\$8.464.638.601), antes de IVA.” (prueba No. 3)*
- 1.7. *La Modalidad de ejecución contractual se pactó de la siguiente forma: “En virtud del presente Contrato, el Contratista se obliga para con el Contratante, a ejecutar, bajo la modalidad de suma global fija, de manera independiente y sin subordinación o dependencia, utilizando sus propios medios, elementos de trabajo y personal, las Obras contempladas en los Diseños y Especificaciones Técnicas Aprobados por el Contratante.” (Prueba No. 3)”*
2. **“De la forma en que se facturó el valor del contrato y se calculó, declaró y pago ante la DIAN el IVA correspondiente. Los valores pendientes de entrega a Sampol.”**²⁰ Se presentan diez hechos relacionados con este ítem.

“ 2.1. Para el pago de la remuneración de Sampol, en la forma en que se pactó, el procedimiento establecido por OHL se desarrollaba así: (pruebas Nos. 5, 6, 7,) ”

2.1.1. Con base en la revisión que hiciese OHL de la ejecución de los trabajos se expedía por personal de OHL un acta parcial de cumplimiento en que se verificaban las cantidades ejecutadas, se multiplicaban por los precios unitarios y se obtenía el valor neto a facturar,

²⁰ Ibídem folios 03 a 05.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

2.1.2. Sobre tal valor la propia OHL a través, entre otros, de su Ingeniero Director de Balizamiento de la Obra en el Aeropuerto de Cali Eugenio Ramos Gutiérrez, señalaba el valor a facturar que incluía porcentaje de IVA (en la primera proforma enviada por correo electrónico de 6 de febrero de 2017 se señaló en la tarifa de IVA la vigente para 2016 del 16%, pero en seguida por correo electrónico de 8 de febrero de 2017 dirigido a Alejandro González – director de obra de Sampol- se corrigió la tarifa adecuándola a la vigente para 2017 del 19%) sobre el total de trabajos a facturar (pruebas 4, 5, 6 y 7)

2.1.3. A tal valor el personal de OHL le restaba el valor de amortización de anticipo, se determinaba el valor que a título de retenganía pactada en el 5% se reservaría OHL, y se le señalaba a Sampol el valor final por el que debía presentar la correspondiente factura. (pruebas 4, 5, 6 y 7)

2.2. Con base en tal certificación y por el valor que había indicado OHL, Sampol presentaba una prefactura a OHL para revisión y aprobación, y sólo cuando ella era aprobada se radicaba la factura formal. En cadena de correos electrónicos con “asunto: proforma marzo 2017” se evidencia ello, cuando Alejandro Gonzáles de Sampol le solicita a Eugenio Ramos de OHL revisión y aprobación de borrador de factura preparada con base en la certificación de obra emitida por la propia OHL con las siguientes palabras: “Buenos días, Eugenio, según conversación, envío factura del mes de marzo, para revisión y aprobación.”, a lo que Eugenio Ramos por correo de 24 de marzo respondió: “Dadle pa’lante”.

2.3. Se acordó que OHL entregaría, como en efecto entregó un anticipo por valor de \$ 846.483.808,83 (factura 12, prueba 9)

2.4. Durante la ejecución del contrato Sampol presentó cuatro facturas comerciales antecedidas del procedimiento antes descrito, que fueron aceptadas y pagadas por OHL. (prueba 10)

No. factura	Fecha	Importe	IVA (del 19%)	Importe más IVA
013	07/02/2017	1.435.546.732,65	272.753.879,00	1.708.300.611,65
014	01/03/2017	1.496.558.925,00	284.346.196,00	1.780.905.121,00
015	24/03/2017	3.158.267.848,00	600.070.891,00	3.758.338.739,00
016	24/04/2017	980.137.781,00	186.226.178,00	1.166.363.959,00

2.5. Tales facturas fueron pagadas por OHL, y en consecuencia Sampol presentó declaración de IVA en los períodos correspondientes, declarando como IVA facturado el 19% señalado en el anterior literal, y después de depurado con los IVAS pagados por compras, importaciones y servicios canceló a la DIAN el importe correspondiente,

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

2.6. *La declaración de IVA en mención por efectos de la norma que obliga a presentaciones cuatrimestrales fue presentada y pagada el día 08 de mayo de 2017 con un valor final de pago de \$523.398.000 y un valor de IVA total generado por \$1.343.397.000, que corresponde todo a las facturas generadas, radicadas y pagadas ante Construcciones OHL. (prueba No. 11)*

2.7. *Por nota de 29 de agosto de 2017, ya culminada la ejecución de los trabajos objeto del Contrato, OHL emitió con destino a Sampol comunicación en que certificó el cumplimiento cabal de los trabajos a que se había obligado Sampol. Señaló lo siguiente: (prueba No. 12)*

“a la fecha de la presente las obras del contrato se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra a cargo de OHL y para las que fue contratada Sampol”, y más adelante señaló:

En el caso que nos ocupa, Sampol, como ya se indicó, emitió unas facturas cobrando el impuesto de una manera errada y contraria a la ley aplicable, pues no lo hizo sobre la utilidad sino sobre el importe total, induciendo a su turno a OHL a un error al momento de pagar, por cuanto se procedió al pago del importe total cobrado en la factura sin reparar en que Sampol estaba cobrando mal. Como entenderá, una

2.8. *El valor total de las obras ejecutadas por cuenta del contrato, antes de IVA, ascendió a la suma de \$8.464.638.601.00. De tal valor fueron facturados siguiendo el procedimiento descrito en el hecho 2.1.2. la suma de siete mil setenta millones quinientos once mil doscientos ochenta y seis pesos (\$7.070.511.286), con un IVA generado, declarado y pagado a la DIAN en cuantía de \$1.343.397.144, para un valor total de \$8.413.908.430 que ha sido recibido por Sampol, estando pendiente de amortizar por cuenta del anticipo recibido la suma de \$139.412.732.00 (prueba No. 12)*

2.9. *A la fecha de presentación de esta demanda, están pendientes de pago materiales suministrados y trabajos efectivamente concluidos por Sampol en favor de OHL, y que está no ha autorizado facturar, por un valor de mil trescientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil trescientos quince pesos (\$1.394.127.315.00), suma a la que hay que adicionar con el IVA a que haya lugar.*

2.10. *OHL retuvo de las facturas tramitadas y pagadas, a título de retención de garantía, la suma de \$407.057.728.00, que no han sido devueltos a Sampol, debiendo haberse hecho la devolución a los 180 días de la recepción de las obras que según se señaló en el hecho 2.6 fueron certificadas como recibidas por OHL al menos desde el 29 de agosto de 2017, por lo que están en mora de devolver estos dineros desde el 2 de marzo del año 2018. (prueba NO. 12)”.*

3. **“El incumplimiento de OHL: El diverso entendimiento del contrato en relación con la forma de facturar el IVA.”** El demandante plantea un total de trece

hechos²¹.

“3.1. En la nota de 29 de agosto de 2017 OHL señaló la nueva interpretación que ha tratado de imponer sobre el tema del IVA para el contrato, en el sentido de que debió facturarse conforme lo prevé el régimen excepcional contenido en el Decreto 1372 de 1992 y no en el procedimiento general, fundado en la consideración de que se trató de un contrato de confección de obra material sobre bien inmueble dada la instalación sobre la pista del aeropuerto de cables, cajas, circuitos, luminarias y demás necesarias para el balizamiento de la pista, para lo cual han estado asesorados por abogados de la firma Garrigues (prueba No. 12)

3.2. En consecuencia de tal interpretación OHL ha señalado que el IVA del contrato se ha debido causar sobre el 5% del valor del contrato, estimando en tal porcentaje la utilidad a percibir por Sampol sobreentendiendo que tal porcentaje refleja consuetudinariamente la utilidad esperada por un contratista de obra, y no a la tarifa del 19% sobre el valor total de los bienes y servicios instalados y prestados. (Prueba NO. 12)

3.3. Sampol Colombia ha negado sustento fáctico y legal a tal interpretación del tratamiento del IVA en relación con el contrato suscrito con OHL, aunque ha propuesto distintas fórmulas de arreglo para resolver el conflicto, y de ello dan cuenta varias notas. (Prueba NO. 13)

3.4. Con base en esta interpretación Construcciones Colombianas OHL SAS no ha emitido certificación final de obra para proceder con la facturación del saldo del contrato, a pesar de haber certificado la recepción de las obras a satisfacción, y se ha negado a devolver los dineros que retuvo de las facturas tramitadas y pagadas por concepto de retención de la garantía. (Prueba NO. 14)

3.5. Sampol emitió las facturas 024 y 025 de 2017 a cargo de Construcciones Colombianas OHL para intentar cobrar los valores pendientes de pago, que fueron devueltas por OHL a través de nota de 9 de octubre de 2017. La falta de pago es un incumplimiento inexcusable de su principal obligación, que ha causado perjuicios económicos a Sampol. (pruebas Nos. 15 y 16).”

A partir de los hechos 3.6. a 3.7. el demandante relaciona lo sucedido con ocasión del concepto tributario solicitado a Price Waterhouse Coopers (PWC):

“3.6. Sampol solicitó a la firma experta en impuestos Price Waterhouse Coopers (PWC) concepto sobre la naturaleza del contrato de suministro e instalación suscrito con OHL,

²¹ Ibídem folios 05 a 08.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

a efectos de que determinara el tratamiento aplicable en relación con el IVA correspondiente. Tal sociedad, por concepto de fecha 11 de agosto de 2017 concluyó: (prueba No. 17)

7.4.1. Teniendo en cuenta lo mencionado hasta el momento, consideramos que existen argumentos válidos para considerar el Contrato, por una parte, como un contrato de venta o suministro, pero también, por otra parte, como un contrato de obra.

7.4.2. Sin embargo, creemos que los argumentos más sólidos son aquellos que permiten categorizar el Contrato como uno de suministro o venta, dados los elementos particulares del Contrato.

7.4.3. En todo caso, tal como se mencionó, el hecho de categorizarlo de una u otra forma no afecta el tratamiento que hasta el momento se le ha dado al IVA.

7.4.4. Lo anterior debido a que, según entendemos, no se estableció el monto equivalente a los honorarios o utilidad de Sampol, lo cual es requisito esencial para otorgar un tratamiento especial para efectos del IVA.

3.7. Revisada la interpretación que del contrato tiene OHL, y que Sampol nunca ha compartido al tenor del contrato en que no se señaló porcentaje de utilidad alguna conforme conceptuó PWC, ante la insistencia de OHL de imponer su entendimiento del tratamiento al IVA del contrato, Sampol presentó consulta a la DIAN sobre el tema quien en concepto de 12 de marzo de 2018 señaló que, de acuerdo con la actividad señalada como objeto del contrato y que fuera ejecutada, debía aplicarse el régimen general de IVA y no el especial del decreto mencionado para construcción permanente sobre bienes inmuebles, concepto que fue trasladado a OHL por nota de 15 de marzo de 2018, radicada ante OHL el día 22 de marzo de 2018.(Pruebas Nos. 18, 19 y 20)".

A partir de los hechos 3.8 a 3.13, el demandante desarrolla lo sucedido ante la DIAN con ocasión de la solicitud de devolución presentada por SAMPOL.

"3.8. Por nota de 24 de abril de 2018 OHL desestimó lo conceptuado por la DIAN, y como conclusión señaló: "Teniendo en cuenta que el contrato celebrado entre las partes constituye un contrato de obra, nos permitimos reiterar que Sampol debería proceder a reintegrar al contratante Construcciones OHL las sumas que fueron erróneamente canceladas." (prueba NO. 21)

3.9. Ante la Negativa de OHL de reconocer que el contrato de febrero de 2017 es de los sometidos al régimen general de IVA, y ante la coacción que significó la no

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

autorización para que Sampol pudiese facturar el saldo final del contrato y obtener además la devolución de los dineros que a título de retención por garantía había exigido OHL, Sampol presentó ante la DIAN el día 08 de mayo de 2018 declaración de corrección del formulario de IVA presentado en 2017, así: (prueba No. 22)

3.9.1. Ajustó la operación a las características de un contrato con IVA bajo la modalidad de A.I.U., reflejando un IVA generado en razón de este contrato por \$67.170.000.

3.9.2. Se generó por ello una diferencia positiva entre lo originalmente declarado y lo señalado en la declaración de corrección a favor de Sampol por valor de \$521.941.000, de la que se solicitó devolución.

3.10. Luego de surtido el procedimiento administrativo de verificación de las declaraciones de soporte como antecedente necesario para la autorización de la devolución solicitada, la DIAN, por Resolución identificada bajo número DI 2017 2019 2299 de 13 de junio de 2019 suscrita por la Jefe de la división de recaudo de la Dirección de Impuestos de Bogotá, rechazó la solicitud de devolución o compensación por los motivos expuestos en ella. Para efectos de esta nota vale resaltar los siguientes: (Prueba NO. 23)

De acuerdo con la norma citada, para poder utilizar una base especial del IVA en los contratos de obra pública o de construcción se debe establecer en el contrato que se suscribe y no puede ser inferior a lo que comercialmente se estipula en contratos similares.

Ahora bien, de lo anterior se concluye que en el contrato aportado a la presente solicitud no se estipuló el AIU, si no que se pactó **bajo la modalidad de suma global fija**, igualmente se pudo establecer que no existe un documento anexo al contrato principal (OTROSÍ) que aclare, adicione o modifique las condiciones del contrato inicial, que las facturas soporte no mencionan a una base especial del IVA y que se liquidan sobre la tarifa de IVA general.

Por lo anterior y según informe final de la División de Gestión de Fiscalización Personas Jurídicas y Asimiladas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá (ver folios 125 a 128 del expediente) no existe pago en exceso ya que no existe base especial para calcular el IVA, y el valor declarado y pagado según declaración de Impuesto sobre las Ventas formulario 3003600711050, presentada el 8 de mayo de 2017, con saldo a pagar (renglón 86) de \$ 523.398.000 (válida Activa) y Recibo Oficial de Pago Impuestos Nacionales Formulario No. 4910118566100 de fecha 08/05/2017 por \$523.398.000 se presentó en debida forma y conforme a la legislación tributaria vigente no siendo procedente la solicitud de devolución por pago en exceso, por lo que este despacho procede a rechazar la suma solicitada.

3.11. Con esta respuesta de la DIAN, que se acomoda al concepto ya emitido por ella el 12 de marzo de 2018, por acto administrativo en firme se reconoce que el contrato entre SAMPOL y OHL no es de obra sobre inmueble regulado en cuanto a IVA a lo previsto en el Dcr. 1372 de 1992, sino un contrato sujeto al régimen general de IVA a la tarifa vigente al momento de la presentación de las facturas del 19% según ordenó la Ley 1755 de 2015, esto es, desestimó los argumentos de OHL.

3.12. Ante la resolución DI 2017 2019 2299 de 13 de junio de 2019 que rechazó

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

la solicitud de devolución con base en el entendimiento del tratamiento del IVA del contrato suscrito que ha intentado imponer OHL, Sampol presentó ante la DIAN el 30 de septiembre de 2019 solicitud de corrección de declaración de IVA para dejar sin valor y efecto la de corrección presentada el día 08 de mayo de 2018 y solicitando se le diera validez y plenos efectos a la de 8 de mayo de 2017. (prueba No. _23)

3.13. La DIAN a través de oficio 20191017132240424328 de octubre 17 de 2019 niega tal solicitud, y al amparo del procedimiento administrativo sancionatorio avisa la emisión de aviso de emplazamiento para corregir, que efectivamente remitió a Sampol el 28 de octubre de 2019 con identificación No. 32240202019000582, en que conmina a presentar corrección por inexactitud de la declaración de 08 de mayo de 2018 con la consecuente aplicación de sanciones en los términos del numeral 2º del artículo 644 del E.T, que dice:

“Art. 644. Sanción por corrección de las declaraciones.

Cuando los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, corrijan sus declaraciones tributarias, deberán liquidar y pagar una sanción equivalente a:

** -Modificado- 1. El diez por ciento (10%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor, según el caso, que se genere entre la corrección y la declaración inmediatamente anterior a aquella, cuando la corrección se realice después del vencimiento del plazo para declarar y antes de que se produzca emplazamiento para corregir de que trata el artículo 685, o auto que ordene visita de inspección tributaria.*

2. El veinte por ciento (20%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor, según el caso, que se genere entre la corrección y la declaración inmediatamente anterior a aquella, si la corrección se realiza después de notificado el emplazamiento para corregir o auto que ordene visita de inspección tributaria y antes de notificarle el requerimiento especial o pliego de cargos.

PAR 1. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, el monto obtenido en cualquiera de los casos previstos en los numerales anteriores, se aumentará en una suma igual al cinco por ciento (5%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor, según el caso, por cada mes o fracción de mes calendario transcurrido entre la fecha de presentación de la declaración inicial y la fecha del vencimiento del plazo para declarar por el respectivo período, sin que la sanción total exceda del ciento por ciento (100%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a favor.

PAR 2. La sanción por corrección a las declaraciones se aplicará sin perjuicio de los intereses de mora, que se generen por los mayores valores determinados.

PAR 3. Para efectos del cálculo de la sanción de que trata este artículo, el mayor valor a pagar o menor saldo a favor que se genere en la corrección, no deberá incluir la sanción aquí prevista.

PAR 4. La sanción de que trata el presente artículo no es aplicable a la corrección de que trata el artículo 589.”

4. “En relación con la solución de controversias. La cláusula compromisoria.”

²².

Se presentan cuatro hechos relativos con el pacto arbitral y su activación:

“4.1. En el contrato suscrito las partes acordaron someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento en la cláusula vigesimoprimera, que se regirá por ley colombiana y aplicará derecho colombiano. Por notas de septiembre 11 de 2018, noviembre 8 de 2018 y marzo 14 de 2019, todas sin respuesta de parte de OHL, sugerimos avanzar en acuerdos parciales y procedimentales sobre el objeto, valor de pretensiones y conformación del Tribunal de Arbitramento que resolviera nuestras diferencias, sin respuesta de fondo. (Pruebas Nos. 24, 25 y 26)

4.2. OHL por nota de octubre 27 de 2017 remitió a Sampol borrador del acta de liquidación del contrato con base en su propia interpretación del régimen de IVA aplicable. Sampol presentó algunas observaciones y propuso firmar un acta parcial por nota de diciembre 13 de 2017. (prueba NO. 27)

4.3. OHL, al desestimar el concepto rendido por la DIAN, por nota de 24 de abril de 2018 señaló que aceptaría de Sampol salvedades en el acta de liquidación, que reiteramos por correo electrónico remitido en julio de 2018. De tales observaciones y salvedades no hemos obtenido respuesta, a pesar de haber reiterado por nota de septiembre 11 de 2018 nuestra intención de suscribir el acta parcial de liquidación con las salvedades que OHL dijo aceptaría. (pruebas Nos. 28 y 29)

²² Ibídem folio 09

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

4.4. Ante la imposibilidad de lograr algún acuerdo con OHL, así fuese parcial, en los términos previstos en el contrato se solicita a la Cámara de Comercio de Bogotá la instalación de un tribunal, previa designación por sorteo de sus árbitros, para que en derecho dirima las diferencias que sostiene Sampol con OHL en relación con el pago del saldo final de las obras ejecutadas a satisfacción según certificación de OHL, la devolución de los dineros que ha retenido a título de retregarantía, y se le condene por incumplimiento del contrato a indemnizar integralmente a Sampol por los perjuicios que ha sufrido consecuencia de tal incumplimiento. (Prueba No. 30)

Dice la cláusula compromisoria contenida en el contrato objeto de esta controversia lo siguiente:

“VIGÉSIMO PRIMERO CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier controversia o reclamo que surja entre las Partes con motivo de la interpretación, aplicación, cumplimiento, ejecución o terminación de este Contrato que no se solucione directamente entre ellas, será decidida de manera definitiva por un arbitraje institucional, administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., de acuerdo con las siguientes reglas:

21.1 El tribunal estará integrado por un (1) árbitro si el pleito es de menor cuantía, o por tres (3) árbitros si es de mayor cuantía; los árbitros serán designados de común acuerdo por las Partes y, en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.

21.2 El proceso arbitral se regirá por las normas vigentes en Colombia para el arbitraje nacional institucional.

21.3 El laudo deberá proferirse en derecho.

21.4 El tribunal funcionará en Bogotá, D.C.”

2.3. Contestación de la demanda y excepciones de mérito.²³

Al contestar la demanda, la parte Convocada se opuso a todas las pretensiones, excepto a la primera a la cual se allanó. En cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, como planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el propósito de enervar las pretensiones de la demanda:

1. *“3.1-Correspondencia entre la voluntad declarada y la naturaleza del contrato.”²⁴*

²³ Expediente digital archivos en formato pdf “8.2. CONTESTACION DEMANDA 22042020” del Cuaderno Principal N°1.

²⁴ Cuaderno digital principal/archivo “ 8.2 CONTESTACION DEMANDA 22042020”, página 57.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

2. "3.2-Inexistencia de un contrato de suministro"²⁵.
3. "3.3- El objeto del contrato entre OHL y SAMPOL es propio de un contrato de obra"²⁶
4. "3.4- El contrato de obra suscrito con SAMPOL es un contrato back to back, respecto del contrato de obra principal suscrito entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Aerocali S.A."²⁷
5. "3.5- La ley y la jurisprudencia han definido las obras de electricidad e instalaciones en un inmueble como contratos de obra"²⁸.
6. "3.6- Inseparabilidad de la obra y los bienes que se suministraron"²⁹.
7. "3.7- Interpretación no razonable"³⁰
8. "3.8- El régimen tributario del contrato sub - lite corresponde al fijado en el artículo 3 del Decreto 1372 1992"³¹.
9. "3.9- La ley establece la forma de determinar la base gravable cuando el porcentaje de AIU no ha sido expresado en el contrato de obra"³².
10. "3.10- Conducta omisiva de Sampol para acreditar el AIU ante la DIAN"³³.
11. "3.11- SAMPOL no es contratante cumplido"³⁴.
12. "3.12- IVA aplicable en los contratos de concesión y subcontratos"³⁵.
13. "3.13- Inexistencia de responsabilidad contractual del contratante"³⁶.
14. "3.14- Asunción de responsabilidad de SAMPOL y renuncia a su derecho de contradicción"³⁷.
15. "3.15- Inoponibilidad de los conceptos emitidos por la DIAN"³⁸.
16. "3.16-Los conceptos de la DIAN solo son vinculantes para los empleados públicos de la entidad"³⁹.

²⁵ Cuaderno digital principal/archivo " 8.2 CONTESTACION DEMANDA 22042020", página 58.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Ibídem página 59

²⁸ Ibídem páginas 59 a 60.

²⁹ Ibídem páginas 60 a 61.

³⁰ Ibídem página 62.

³¹ Ibídem páginas 62 a 63.

³² Cuaderno digital principal/archivo " 8.2 CONTESTACION DEMANDA 22042020", página 63.

³³ Ibídem páginas 63 y 64.

³⁴ Ibídem página 64.

³⁵ Ibídem página 65.

³⁶ Ibídem

³⁷ Ibídem páginas 65 a 66.

³⁸ Ibídem página 66.

³⁹ Ibídem.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

17. "3.17- La ignorancia de la ley no sirve de excusa"⁴⁰.
18. "3.18- Incumplimiento del deber de diligencia"⁴¹.
19. "3.19- Obligación tributaria es de resultado"⁴².
20. "3.20- Carácter ex lege de la obligación de tributación incumplida por SAMPOL no admite interpretaciones"⁴³.
21. "3.21- Cobro de lo no debido"⁴⁴.
22. "3.22 Eficacia obligatoria del pacto"⁴⁵.
23. "3.23-Obligación de pago sujeta a condición"⁴⁶.
24. "3.24- Obligación de pago no es exigible"⁴⁷.
25. "3.25- Prohibición de venir contra sus propios actos"⁴⁸.
26. "3.26- Conducta abusiva en materia tributaria"⁴⁹.
27. "3.27- No renuncia a sus derechos"⁵⁰.
28. "3.28- Imposibilidad jurídica y moral para que OHL asuma las consecuencias adversas de la indebida aplicación del régimen tributario"⁵¹.
29. "3.29- Inexistencia de mora a cargo de OHL "⁵².
30. "3.30- Compensación"⁵³.
31. "3.31- Improcedencia de una pretensión de condena sin declaración previa – inexistencia de pacto arbitral sobre la misma"⁵⁴.
32. "3.32- Buena Fe del contratante"⁵⁵.
33. "3.33- Contrato back to back- causa contractual y ley para las partes"⁵⁶.
34. "3.34- Ausencia de fuente legal que admita que OHL debe asumir las consecuencias adversas de un cobro indebido del IVA o una determinación

⁴⁰ Ibídem página 67.

⁴¹ Ibídem páginas 67 y 68.

⁴² Ibídem 68.

⁴³ Ibídem 68 y 69.

⁴⁴ Ibídem 69.

⁴⁵ Ibídem 69 y 70

⁴⁶ Ibídem página 70.

⁴⁷ Ibídem

⁴⁸ Página 71 de la contestación de la demanda.

⁴⁹ Páginas 71 y 72 Contestación de la demanda.

⁵⁰ Ibídem 72.

⁵¹ Ibídem páginas 72 y 73.

⁵² Ibídem

⁵³ Página 73 Contestación de la demanda.

⁵⁴ Página 74 Contestación de la demanda.

⁵⁵ Ibídem.

⁵⁶ Ibídem.

imperfecta de la base gravable”⁵⁷.

35. “3.35- El error no es fuente de derecho”⁵⁸.

36. “3.36- Culpa de SAMPOL”⁵⁹.

37. “3.37- Incumplimiento de SAMPOL”⁶⁰.

38. “3.38- Independencia de la relación contractual y la relación de SAMPOL como responsable del IVA”⁶¹

39. “3.39- OHL se ha allanado a cumplir el contrato”⁶².

40. “3.40-Abandono voluntario de sus derechos”⁶³.

41. “3.41- Actuación contraria a la buena fe debida”⁶⁴.

42. “3.42- Artificio e inexistente conflicto por incumplimiento del contrato”⁶⁵.

3. Audiencia de Conciliación. Fijación y pago de honorarios⁶⁶.

El dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020), se adelantó la etapa de conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo que permitiera dar por terminado el proceso. En consecuencia, el Tribunal declaró fracasada la Audiencia y surtida la etapa respectiva.

Agotada la etapa de conciliación, el Tribunal procedió a fijar los honorarios y gastos de funcionamiento tal y como consta, en el auto N.º 7 del dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020).

Dentro del término legal, las partes realizaron el pago respectivo de los honorarios y gastos del Tribunal en la correspondiente proporción de conformidad con lo ordenado en el auto N.º 7 del dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020) ⁶⁷.

⁵⁷ Ibídem página 78

⁵⁸ Ibídem página 79

⁵⁹ Ibídem

⁶⁰ Ibídem página 80

⁶¹ Ibídem

⁶² Ibídem

⁶³ Ibídem

⁶⁴ Ibídem

⁶⁵ Ibídem página 82

⁶⁶ Expediente digital archivo en formato pdf “14.1 ACTA 5 AUDIENCIA CONCILIACION Y FIJACION DE HONORARIOS FINAL 180520 PDF” del Cuaderno Principal N°1.

⁶⁷ Expediente digital CUADERNO HONORARIOS Y GASTOS.

4. Primera Audiencia de Trámite. Competencia y decreto de pruebas ⁶⁸.

El doce (12) de junio de dos mil veinte (2020), se realizó la Primera Audiencia de Trámite prevista por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, en la que el Tribunal resolvió declarar su competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su consideración tanto en la Demanda como en las Excepciones de Mérito⁶⁹.

Las Partes manifestaron su conformidad con esta decisión.

Mediante Auto N° 10 del doce (12) de junio de dos mil veinte (2020), el Tribunal resolvió sobre las pruebas pedidas por las Partes, decretando y teniendo como tales las siguientes:

I. Documentales.

Las aportadas por las Partes tanto en la Demanda Inicial como en la Contestación de esta y en la etapa Excepciones de Mérito.

II. Interrogatorios de Parte.

A los representantes legales de la parte demandante y demandada.

⁶⁸ Expediente digital archivo en formato pdf "16. ACTA 6 AUDIENCIA PRIMERA DE TRAMITE COMPETENCIA DECRETO PRUEBAS VERSION FINAL 12062020" del Cuaderno Principal N°1.

⁶⁹ Mediante Auto N° 09 del doce (12) de junio de 2020.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

III. Testimonios.

Nº	Testimonio	PARTE SOLICITANTE
1	IGNACIO ECHARTE RAMOS	Demandada
2	ALVARO SILVA	Demandada
3	JOSÉ MARÍA PÉREZ LASHERAS	Demandada
4	LUÍS ALBERTO VALLEJO LEÓN	Demandada
5	Representante legal de la sociedad CONTABILIDAD C&C ASOCIADOS	Demandada

IV. Prueba por informe.

Oficiar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN -División de Gestión de Fiscalización Personas Jurídicas y Asimiladas Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, para que allegue con destino al presente Trámite Arbitral, copia completa del expediente administrativo VG 2017 2019 1751, prueba solicitada por la parte demandante en el traslado de las excepciones de mérito.

V. Exhibición documental a cargo de SAMPOL COLOMBIA S.A.S.

El objetivo de la prueba solicitada por la parte demanda es verificar la forma en que se registraron contablemente las operaciones realizadas en el contrato objeto de controversia; y los análisis realizados al interior de la demandante en relación con el régimen impositivo aplicable a la facturación del contrato de obra, y su intervención en la estructuración del contrato, para que la parte demandante exhiba los siguientes documentos, los cuales reposan en los registros contables y societarios de la demandante:

- i. Auxiliar de las cuentas PUC con el movimiento de las transacciones realizadas en el Bimestre I del año gravable 2017.
- ii. Contabilización de las facturas No 13 del 17 de febrero de 2017, No. 14 del 1 de marzo de 2017, No. 15 del 24 de marzo de 2017 y la factura No. 16 del 24 de abril

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

de 2017.

- iii. Actas de Junta Directiva y Asamblea de socios en las que se hayan tratado los asuntos tributarios relacionados con el contrato objeto de controversia.
- iv. Documentos en que conste la realización de las actividades de due diligencie legal en materia tributaria, que soportaron en el numeral XII del capítulo de declaraciones donde SAMPOL manifestó haber conocido el sistema tributario del contrato.
- v. Documento en que conste el alcance de la consulta efectuada por SAMPOL a Price Waterhouse Coopers, quien emitió sus conclusiones el 11 de agosto de 2017 (prueba No. 17 de la demanda).

VI. Inspección judicial Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón.

De conformidad con la solicitud de la parte demandada, la inspección judicial tiene por objeto las obras ejecutadas, el estado y función de los trabajos realizados por la demandante en el inmueble denominado Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón (CLO), lugar donde se realizó el objeto del contrato suscrito entre las partes el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

VII. Exhibición documental a cargo de AEROCALI S.A.

El alcance solicitado por la parte demandada es la exhibición de los siguientes documentos que reposan en sus registros contables y societarios de AEROCALI S.A.:

- i. Auxiliar de las cuentas PUC con el registro de las facturas y las Actas de Mensuales de Pago generadas en ejecución del contrato suscrito con OHL en virtud de las obras eléctricas y balizamiento objeto del contrato.
- ii. Registro contable del valor del IVA pagado por las obras eléctricas y balizamiento objeto del contrato.
- iii. Pliegos de condiciones o Términos de Referencia.

- iv. Oferta presentada por Construcciones Colombianas OHL S.A.S. junto con los documentos soporte del subcontratista nominado y certificaciones de experiencia aportados.
- v. Verificación y calificación de los requisitos del subcontratista nominado.
- vi. Documento de Adjudicación.

5. Práctica de pruebas

La práctica de las pruebas anteriormente relacionadas se llevó a cabo mediante el uso de herramientas tecnológicas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en lo pertinente, de la siguiente manera:

I. Interrogatorios de Parte:

El trece (13) de julio de dos mil veinte (2020), se llevaron a cabo los Interrogatorios de Parte del señor EUSEBIO JOSÉ BILBAO HASSAN titular del pasaporte español AAE352099 vigente y DNI español N° 4283797000, en su condición de mandatario general de la sociedad demandante, y del señor CARLOS JAVIER MORALES CASTRO identificado con cédula de ciudadanía N° 86.081.826 de Villavicencio, en su condición de mandatario general de la sociedad demandada.⁷⁰

II. Exhibición documental a cargo de Sampol Colombia S.A.S:

El trece (13) de julio de dos mil (2020) se practicó la exhibición documental a cargo de Sampol Colombia S.A.S.⁷¹ de conformidad con el alcance y forma decretado por el Tribunal.

Mediante Auto N° 16 del veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020) se dio por cumplido el objeto de la prueba de exhibición documental respecto al punto correspondiente al alcance de la consulta efectuada por SAMPOL COLOMBIA SAS a

⁷⁰ Acta N° 10 Cuaderno digital principal/archivo denominado "31. ACTA 10 AUDIENCIA INTERROGATORIOS Y EXHIBICION 13072020 VF "

⁷¹ Ibidem.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

PRICEWATERHOUSE COOPERS PWC ordenado por el Tribunal en los Autos N° 10 del doce (12) de junio de dos mil veinte (2020) y N° 15 del trece (13) de dos mil veinte (2020) y se ordenó incorporar al expediente del presente Trámite Arbitral y tener como pruebas los documentos exhibidos y entregados por la demandante el dieciséis (16) y el veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).⁷²

III. Testimonios:

Mediante Auto N° 12 del veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), el Tribunal admitió el desistimiento de la prueba testimonial de Ignacio Echarte Ramos, Álvaro Silva, Luis Alberto Vallejo León y del representante legal de la sociedad CONTABILIDAD C&C ASOCIADOS decretados a instancia de la parte demandada.⁷³

El primero (01) de julio de dos mil veinte (2020), se recepcionó el testimonio del señor JOSÉ MARÍA PÉREZ LASHERAS, identificado con cédula de extranjería No. 401968 responsable del área administrativa y financiera de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., para que declarara acerca de lo que le consta sobre los hechos de la demanda, y los medios exceptivos propuestos respecto de los aspectos contables y tributarios relacionados con la controversia respecto del IVA.⁷⁴

IV. Exhibición documental a cargo de Aerocali S.A.

El dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020), se llevó a cabo la diligencia de exhibición documental a cargo de Aerocali S.A., mediante Auto N° 20 el Tribunal ordenó incorporar los documentos exhibidos por Aerocali S.A. y dárseles el respectivo valor probatorio y se dio por cumplido el objeto de la prueba.⁷⁵

V. Inspección judicial Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón.

⁷² Acta N° 7 Cuaderno digital principal/archivo denominado "39. ACTA 11 AUTO 16 29072020".

⁷³ Acta N° 7 Cuaderno digital principal/archivo denominado "24. ACTA 7 AUTO 12 DESISTIMIENTO TESTIMONIOS 26062020"

⁷⁴ Acta N° 8 Cuaderno digital principal/archivo denominado "25. ACTA 8 AUDIENCIA RECEPCION TESTIMONIO 01072020"

⁷⁵ Acta N° 14 Cuaderno digital principal/archivo denominado "52. ACTA 14 AUTO 20 AUDIENCIA EXHIBICION DOCUMENTAL AEROCALI 02092020 VF"

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

El dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020), se practicó la inspección judicial a las instalaciones del Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón CLO, con el fin de evidenciar i.) la naturaleza del contrato, ii.) las actividades de obra ejecutadas, iii.) el estado y iv.) la función de los trabajos realizados por SAMPOL COLOMBIA S.A.S. Mediante Auto N° 22 el Tribunal dio por cumplido el objeto de la prueba de inspección judicial solicitada por la parte demandada.⁷⁶

VI. Prueba por informe a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
DIAN.

El ocho (08) de octubre dos mil veinte (2020), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN - División de Gestión de Fiscalización Personas Jurídicas y Asimiladas Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá notificó al Tribunal su decisión de entregar la copia del expediente administrativo VG 2017 2019 1751 directamente al contribuyente SAMPOL COLOMBIA S.A.S., para que sea ella quien la aporte al proceso arbitral. El Tribunal corrió traslado a las partes de la copia del expediente aportado, sin que se haya recibido observación alguna por las partes o sus apoderados.

La copia tanto física como digital fue incorporada al expediente.⁷⁷

6. Alegatos y control de legalidad. Audiencia de fallo

Mediante Auto No. 23 del veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas en el Proceso, y previo control de legalidad, sin que las partes hayan manifestado objeción alguna hasta lo aquí desarrollado. El Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y fijó el diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020) para llevar a cabo la Audiencia de Alegatos de Conclusión.⁷⁸

⁷⁶ Acta N° 16 Cuaderno digital principal/archivo denominado "54. ACTA 16 AUDIENCIA INSPECCION JUDICIAL 16092020 V1"

⁷⁷ Acta N° 17 Cuaderno digital principal/archivo denominado "59 ACTA 17 AUTO 23 CIERRE ETAPA PROBATORIO Y FECHA PARA ALEGATOS".

⁷⁸ *Ibidem*.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

En la fecha programada, en audiencia virtual, las partes hicieron sus alegatos orales de conclusión y a continuación remitieron sus alegatos escritos por correo electrónico.

Mediante Auto No. 24 del diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020), se fijó fecha para la Audiencia de lectura del Laudo.⁷⁹

Mediante Auto No. 25 del cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020), el Tribunal reprogramó la fecha para la realización de la audiencia de laudo para el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)⁸⁰.

7. Control de legalidad. Término de duración del Proceso

El Tribunal llevó durante todo el desarrollo del proceso arbitral, el respectivo control de legalidad en los términos del artículo 132 del Código General del Proceso, sin encontrar vicios o irregularidades que debieran ser saneadas, conclusión que no tuvo reparo alguno de las Partes.⁸¹ Esta providencia fue notificada a los apoderados de las partes el siete (07) de diciembre de dos mil veinte (2020)⁸².

De conformidad con lo establecido por el Tribunal, el término de duración del presente trámite arbitral es de ocho (08) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite sucedida el doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)⁸³. Por ende, el término habría vencido el doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Las partes no presentaron solicitud de suspensión del proceso, ni se presentó ninguna circunstancia que interrumpiera el término de duración antes indicado.

⁷⁹ Acta N° 18 Cuaderno digital principal/archivo denominado “62 ACTA No 18 AUDIENCIA DE ALEGATOS Y AUTO 24 10112020”.

⁸⁰ Cuaderno digital principal/archivo denominado “63. ACTA 19 AUTO 25 REPROGRAMA AUDIENCIA LAUDO”.

⁸¹ El último control de legalidad se realizó mediante Auto N° 24 del diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020), al cerrar la etapa procesal de alegatos de conclusión.

⁸² Cuaderno digital principal/archivo denominado 64. MAIL 07122020 NOTIFICACIÓN AUTO 25.

⁸³ Mediante Auto N.º 9.

Hasta hoy, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020), ha transcurrido un total de seis (6) meses y cuatro (04) días calendario del término de duración.

CAPÍTULO 3

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Establecida la competencia del Tribunal, encontrando cumplidos los presupuestos procesales, y no advirtiéndose causal alguna de nulidad, y bajo la observancia de los principios de un estado de derecho, esto es, el principio de legalidad, del derecho de defensa y del debido proceso, y dentro de la oportunidad correspondiente, es del caso efectuar el estudio del fondo de la controversia que aquí nos ocupa, para en ese orden, proferir el fallo que corresponda, previas las consideraciones que se precisan a continuación:

I. EL THEMA DECIDENDUM

La controversia que plantea el caso sometido al examen del presente Tribunal se contrae al estudio, la interpretación, y la ejecución de un contrato denominado de OBRA, celebrado entre las partes trabadas en este trámite, el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), para en ese orden establecer la procedencia o no del presunto incumplimiento que plantea la demandante, referente en especial a:

- i. que la parte demandada no pagó la remuneración pactada en la forma y tiempos debidos, y
- ii. que la parte demandada no devolvió las sumas de dinero retenidas a la demandante, a título de garantía.

La relación contractual antes aludida se constituye en el fundamento de la controversia que aquí nos ocupa.

La parte Convocante, además de pretender la declaratoria del incumplimiento contractual por parte de la Convocada Construcciones OHL S.A., pretende que se declare que Sampol

Colombia SAS cumplió con sus obligaciones contractuales, y en consecuencia solicita que se condene a la Convocada Construcciones OHL S.A. al pago de unas sumas de dinero.

II. EL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO SOBRE EL CUAL SE EDIFICA EL PRESENTE TRÁMITE

La controversia sometida a consideración del Tribunal, se edifica en una relación contractual celebrada entre las partes, contenida en un documento escrito, integrado por treinta y nueve (39) páginas, suscrito en dos ejemplares por las mismas, con fecha veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y que intitulan “CONTRATO DE OBRA”, suscrito entre CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S, como Contratante y SAMPOL COLOMBIANA S.A.S., como Contratista y que fue aportado por cada una de las partes, por la convocante, con la demanda⁸⁴, y por la convocada, con su escrito de contestación de la demanda⁸⁵, y respecto del cual, no se observa “otro sí” alguno, que lo modifique o prorrogue, o bien contrato análogo que lo sustituya.

De acuerdo con las reglas señaladas por los artículos 20 y 21 de nuestro ordenamiento mercantil, es dable calificar el contrato que nos ocupa como mercantil. Las partes son comerciantes, y el contrato se celebró en desarrollo de su actividad.

No obstante que el documento antes referido es objeto de estudio y ponderación de manera integral por este Tribunal con todo el material recaudado, se resaltan y precisan algunos aspectos:

1. El documento intitulado contrato de obra, que hace parte del expediente, fue suscrito por Rosendo González Bonilla, de nacionalidad española, en su calidad de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., sociedad que actúa como contratante y por Eusebio Bilbao Hassan, de nacionalidad española, en su condición de representante legal de Sampol Colombia S.A.S., quien actúa

⁸⁴ Folios 6 a 29 del Cuaderno Principal 1.

⁸⁵ Cuaderno digital de pruebas/carpeta denominada "2. PRUEBAS CONTESTACION DEMANDA 22042020"/archivo "1. CONTRATO DE OBRA 1CO601 SAMPOL ACL"

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

como contratista.

2. La parte inicial del contrato que nos ocupa, bajo el título de las partes “DECLARAN Y GARANTIZAN”⁸⁶, de manera expresa establece su antecedente, fundamento y razón de existencia, en el contrato de obra celebrado entre Construcciones Colombianas OHL S.A.S. y Aerocali S.A., el cual obra dentro del respectivo expediente, y que se denominó “Contrato para la Ingeniería, Procura y Construcción”⁸⁷, de fecha catorce (14) de enero de dos mil dieciséis (2016) y que determinó que Construcciones Colombianas OHL S.A.S., subcontratara parte de la ejecución de este con Sampol Colombia S.A.S., tal como igualmente se establece en el primer hecho de la demanda, situación que no es motivo de controversia por las partes.
3. Así, nos encontramos ante dos contratos de carácter privado, en donde resulta clara la existencia de una conexidad entre el segundo y el primero. No sobra resaltar, que, en este caso, no medió, no se utilizó el mecanismo contractual de la cesión de derechos y obligaciones de la parte demandada a favor de Sampol Colombia S.A.S. Reiteramos, el mecanismo adoptado por las partes fue el de la subcontratación dándole existencia así, al contrato base o fundamento del presente trámite arbitral. Ahora bien, el mecanismo de la subcontratación no significa, de manera estricta, que los términos y condiciones del primer contrato, se trasladen al segundo, como normalmente sucede con el fenómeno de la cesión, por cuanto esta implica la sustitución de la persona o personas que integran una parte, por otra u otras, de manera parcial o total del contrato. Aquí, los términos y condiciones de lo cedido permanecen inalterados. Respecto de esta parte inicial del contrato se destaca:
 - 3.1. Entre Construcciones Colombianas OHL S.A.S., y Aerocali S.A., se celebró un contrato para realizar las obras para la certificación del aeropuerto internacional

⁸⁶ Páginas 1 a 7 del Contrato de Obra.

⁸⁷ Cuaderno digital de pruebas/carpeta denominada "2. PRUEBAS CONTESTACION DEMANDA 22042020"/archivo "2. ANEXO 4 - Minuta Firmada Aerocali-OHL"

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Alfonso Bonilla Aragón. Revisado este contrato, que obra en el proceso, aportado por la parte demandada, se establece que fue suscrito el catorce (14) de enero de dos mil dieciséis (2016), intitulado “CONTRATO PARA LA INGENIERIA, PROCURA Y CONSTRUCCIÓN” entre Aerocali S.A., en su condición de contratante, y Construcciones Colombianas OHL S.A.S., en calidad de contratista. Como objeto del presente contrato tenemos:

“3.01. Objeto.

En virtud del presente contrato, el Contratista se obliga para con el Contratante, a ejecutar, bajo la modalidad de suma global fija y en términos Llave en Mano, de manera independiente y sin subordinación o dependencia, utilizando sus propios medios, elementos de trabajo y personal, las Obras contempladas en los Diseños y Especificaciones Técnicas Propias[.]”⁸⁸.

- 3.2. El Contratista y Contratante, firmaron un acuerdo de entendimiento de subcontratista nominado el veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), tal y como se indica en el Contrato de Obra⁸⁹.
- 3.3. El Contratista entregó una oferta final el diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015), sobre la cual en la etapa de negociación con Aerocali, el contratista realizó un descuento del 2%⁹⁰, firmándose el respectivo contrato el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).
- 3.4. En el ordinal IV⁹¹ de la declaración del Contratista se indica lo siguiente:
“Aceptación del contrato. El Contratista expresa que ha leído cuidadosamente los términos del Contrato, sus anexos y demás documentos que hacen parte del mismo, hizo los comentarios que encontró necesarios, puso en conocimiento del Contratante aquellos apartes que no encontró claros, los cuales fueron debidamente aclarados de manera que en el presente contrato no existen apartes confusos ni contradicciones entre sus términos y condiciones por lo que además acepta sus términos y condiciones del Contrato en la medida en que los ha estudiado, ha valorado con cuidado el costo que

⁸⁸ Ibídem página 6.

⁸⁹ Ver página 2, segundo inciso.

⁹⁰ Ibídem, tercer inciso.

⁹¹ Ver páginas 2 y 3 Contrato de Obra.

implica el cumplimiento cabal, oportuno y conforme a los términos del contrato de la totalidad de las obligaciones y de la asunción de los riesgos previstos en el contrato y sus anexos. Particularmente, declara que ha efectuado una valoración de los riesgos a su cargo conforme a los términos del presente Contrato y acepta la asunción de sus efectos favorables y desfavorables sin limitación alguna. El Contratista igualmente acepta y declara que conoce que este Contrato se suscribe con ocasión de la relación contractual existente entre el Contratante y AEROCALI S.A. y consignada en el “Contrato para la Ingeniería, Procura y Construcción” de fecha ocho (8) de enero de dos mil dieciséis (2016) (el “Contrato Principal”) También, que el cumplimiento de las obligaciones de resultado por parte del Contratista está dirigido al pleno cumplimiento del Contrato de Concesión señalado.”.

- 3.5. En el ordinal VII⁹², de las declaraciones del contratista, se señala lo siguiente:
- “El Contratista declara y garantiza que conoce y ha revisado cuidadosamente todos los asuntos e informaciones relacionados con la celebración y ejecución del Contrato, la naturaleza financiera del mismo, el cronograma para los pagos, la posibilidad real de ejecutar todas las prestaciones del Contrato, así como los lugares en donde se ejecutará el Contrato, incluyendo condiciones de seguridad, orden público, transporte a los sitios de trabajo, obtención, manejo y almacenamiento de equipos, materiales, mano de obra, agua, electricidad, comunicaciones, vías de acceso, condiciones del suelo, condiciones climáticas, de pluviosidad y topográficas, características de los equipos requeridos para su ejecución, características del tráfico automotor, incluyendo las categorías vehiculares y las condiciones de volumen y peso de los vehículos, **el régimen tributario a que estará sometido el Contratista** (hemos subrayado), normatividad jurídica aplicable y , en general, todos los demás aspectos que puedan afectar el cumplimiento del Contrato. Asimismo, el Contratista declara y garantiza que ha realizado el examen completo de los sitios en los que realizará sus Trabajos y que ha investigado plenamente los riesgos asociados a su ejecución y, en general, todos los factores*

⁹² Páginas 3 y 4 Contrato de Obra.

determinantes de sus costos.”.

4. La Clausula Segunda del contrato fundamento del presente trámite arbitral, se rotula “NATURALEZA DEL CONTRATO Y OBJETO”⁹³. De este ordinal se destaca:

“El Contratista se obliga para el Contratante a realizar los trabajos que se describen a continuación, en forma independiente, con plena autonomía técnica y administrativa en los términos y condiciones descritos en el presente contrato (los “trabajos”) y sus correspondientes Anexos:

2.1- Descripción breve de los trabajos a contratar: *El objeto del contrato es SUMINISTRO DE MATERIALES Y EJECUCIÓN DE OBRAS ELECTRICAS Y BALIZAMIENTO PARA LAS OBRAS PARA LA CERTIFICACIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL ALFONSO BONILLA ARAGON (CLO) BAJO LA NORMATIVA DE LA ORGANIZACIÓN DE LA AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL -OACI, de conformidad con las especificaciones técnicas del proyecto, el plazo, Plan de Trabajo y todos los aspectos expresados en los anexos del presente Contrato.*

El alcance detallado de los trabajos se presentará en el ANEXO 1. Especificaciones de los trabajos a realizar.

2.2. Modalidad del Contrato: *En virtud del presente contrato, el Contratista se obliga para con el Contratante, a ejecutar, bajo la modalidad de suma global fija, de manera independiente y sin subordinación o dependencia, utilizando sus propios medios, elementos de trabajo y personal, las Obras contempladas en los Diseños y Especificaciones Técnicas Aprobados pro (sic) el Contratante.*

El aumento o disminución en las Cantidades requeridas por el Contratante, no implicará modificación del presente Contrato, salvo cuando se trate de Trabajos Adicionales, según se define en el clausulado Primero.

Parágrafo Primero: *Harán parte integral del presente Contrato, lo siguientes documentos que contienen los requisitos y especificaciones generales y técnicas, con que el Contratista deberá cumplir con ejecución de los trabajos.*

⁹³ Páginas 8 y 9 Contrato de Obra.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

- a) *ANEXO 1. Especificaciones de los trabajos a realizar.*
- b) *ANEXO 2. Plan de trabajo*
- c) *ANEXO 3. Presupuesto estimado del Contrato*
- d) *ANEXO 4. Contrato y sus anexos suscrito entre Aerocali S.A. y el Contratante*
- e) *ANEXO 5. Memorando de Entendimiento de Subcontratista Nominado*
- f) *Documento de constitución*
- g) *Registro único Tributario (Rut)*
- h) *Certificación Bancaria*
- i) *Los certificados de la pólizas y seguros con certificaciones de pago*

[...]"

La tipificación del contrato celebrado ha constituido un punto de controversia entre las partes contratantes, lo cual cobra importancia de cara a la liquidación del impuesto del IVA. Así, la parte contratante y aquí demandada, lo aprecia como un contrato de obra material, en los términos de los artículos 2053 a 2062 del Código Civil. A su turno, la Contratista y aquí demandante, lo ha calificado como de suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras de certificación del Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón.

A las posiciones disímiles de las partes, respecto de la naturaleza jurídica o tipificación del contrato que celebraron, le atribuyeron mucha importancia en el discurrir del presente trámite arbitral, tal como se aprecia de la simple lectura de las piezas que lo integran.

No obstante, lo anterior, debemos destacar que las pretensiones de la demanda y fundamento de este trámite no contienen la definición o calificación, por parte de esta Tribunal, de la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre ellas. Esto es, al presente Tribunal no se le pide que defina la naturaleza jurídica del contrato celebrado, de donde puede resultar incongruente la defensa que se edifique en tal sentido.

5. La Cláusula Tercera del Contrato de Obra, se intitula “PRESUPUESTO”⁹⁴, y de manera concreta establece que:

*“El valor total estimado del presente contrato, equivale a la suma de **OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS UN PESOS M.L.C. (\$8.464.638.601), antes de IVA.***

El desglose del presupuesto está desarrollado en el ANEXO 3. Presupuesto estimado del Contrato. Dicho desglose sólo es informativo y servirá nada más para determinar los avances de obra.”.

6. La Clausula Cuarta del mismo Contrato “RELACIÓN VALORADA. PRECIO”⁹⁵, señala:

“4.1 El precio global aceptado se considera fijo, en el sentido que no sufrirá modificación alguna durante el transcurso de los trabajos.

4.2 El Contratista no podrá exigir revisión del precio por ninguna causa o motivo, incluida la modificación del plazo de ejecución de los trabajos, siendo indiferente a los efectos de este contrato el haber sufrido variaciones en los precios, a la baja o al alza, de la mano de obra. El Contratista, en todo caso, declara que ya lo ha tenido en cuenta a la hora de contratar, y ello por considerar que cualquier eventualidad al respecto ya ha sido prevista al confeccionar la oferta.”

Las dos clausulas anteriores, reiteran la modalidad adoptada por las partes respecto del precio, esto es, “suma global fija”.

7. Por su parte la Cláusula Quinta⁹⁶, del Contrato que nos ocupa, señala que:

*“**SUPERVISIÓN Y MEDICIÓN.** Mensualmente se comprobarán los trabajos efectivamente ejecutados por parte del Contratista hasta la fecha. Esta verificación*

⁹⁴ Páginas 9 y 10 Contrato de Obra

⁹⁵ Página 10 Contrato de Obra

⁹⁶ Ibidem.

será efectuada por un representante designado por el Contratante ("Supervisor"), quien tendrá plena facultad de objetar los que se supervisen y será, el encargado de suscribir junto con el Contratista el Acta Mensual de Revisión. Sin perjuicio de lo anterior, el Supervisor podrá verificar en cualquier momento, el estado de avance y la ejecución de los Trabajos.

5.1- No se aceptarán, por parte del Supervisor, los trabajos que no estén terminados y los que no tengan la calidad acordada.

5.2- En el supuesto de disconformidad en relación con el Acta Mensual de Revisión se procederá de la siguiente manera:

a) Dentro de los dos (2) días siguientes a la revisión efectuada por el Supervisor, las Partes remitirán la controversia a los Gerentes de cada una de las partes;

b) En caso de no lograrse un acuerdo entre los gerentes de las Partes, la controversia se solucionará siguiendo el procedimiento establecido en el clausulado Vigésimo primero del presente Contrato.

c) Aquello que no está en discrepancia, podrá ser facturado por parte del Contratista, de acuerdo con lo establecido en el clausulado Cuarto del presente Contrato."

8. De la cláusula Sexta, "CONTRAPRESTACIÓN Y FORMA DE PAGO"⁹⁷, sobre este particular se destaca:

"6.1. Se pacta un anticipo del 10% del valor del contrato. Este valor será pagadero con la presentación de la cuenta de cobro correctamente emitida junto con la póliza de buen manejo del anticipo con su recibo de pago.

6.2. El Contratante pagará al Contratista la Remuneración contra el cumplimiento del avance programado, según cada una de las fases previstas en el Cronograma Semanal aprobado por el Contratante bajo este Contrato, de conformidad con el siguiente procedimiento:

i. Para efectos de establecer la ejecución de las Obras en relación con el avance programado para las mismas, las Partes se reunirán el último jueves de cada mes, una vez celebrado el Comité de Obra respectivo, con base en la información conciliada y aprobada entre el Contratista y el

⁹⁷ Páginas 11 a 14 Contrato de Obra

Contratante que se encuentre consignada en las Actas Mensuales, y se efectuará el corte de obra para efectos del pago. En consecuencia, las Partes elaborarán un Acta Mensual de Pago en la cual se refleje un análisis comparativo entre el porcentaje de ejecución programado según el Cronograma Mensual y el Cronograma Semanal, frente al porcentaje real ejecutado.

ii. Se entenderá que una fase para pago se ha cumplido (“Fase Cumplida”) cuando el Representante del Contratante haya certificado el cumplimiento de por lo menos el noventa por ciento (90) de la Ejecución programada de la respectiva Fase para Pago, en cuyo caso se pagará el porcentaje de avance certificado.

iii. De no llegarse a ejecutar por lo menos el 90% de la Fase para Pago, no procederá pago alguno y el mismo se acumulará para la siguiente Fase para Pago, siempre y cuando para dicho momento se haya ejecutado el 100% del avance programado.

iv. No se incluirán en las Actas Mensuales de Obra las actividades ejecutadas que no estén respaldadas con los registros de calidad y cumplimiento de los Diseños y Especificaciones Técnicas Propias, o presenten no conformidades o no aceptación por parte de la Interventoría de la ANI, comunicadas al Contratista por parte del Contratante.

v. El primer análisis se efectuará el último jueves del mes siguiente a la fecha del Acta de Inicio de Construcción y Montaje.

6.3. Para efectos de tramitar el pago correspondiente en relación con una Fase Cumplida, el Contratista le presentará al Contratante los siguientes documentos (los “Documentos Soporte”):

- i. La factura correspondiente a la Fase Cumplida, a nombre del Contratante o quien éste indique.*
- ii. Certificación emitida por revisor fiscal (o en caso de no existir, del representante legal) que contemple el detalle de las obligaciones pendientes de pago con los proveedores relacionados con la ejecución del Contrato y su antigüedad.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

iii. *Certificación emitida por el revisor fiscal (o en caso de no existir, del representante legal) que contemple el detalle del pago de la nómina del Personal del Contratista que durante el correspondiente periodo de facturación haya desarrollado actividades relacionadas con el Contrato y certificación del pago de las respectivas prestaciones sociales.*

iv. *Copia del Acta Mensual de pago sobre la respectiva Fase para Pago. El Contratante deberá revisar los Documentos Soporte y aprobarlos o rechazarlos dentro de los 3 Días Hábiles siguientes a su presentación.*

6.4. *Para efectos de efectuar los pagos, el Contratista entregará anexo a la primera factura, la Certificación Bancaria de la cuenta de ahorros o corriente donde desea que le sean depositados los pagos a que tiene derecho.*

6.5. *Para efectos del primer pago, el Contratista deberá informar el régimen tributario en el cual se encuentra inscrito, así como el número de inscripción del Registro Único Tributario (RUT) anexando copia de esta inscripción, con fecha de expedición no mayor de tres (3) meses a la fecha de entrega del documento.*

6.6. *El Contratante podrá descontar, del valor de la factura los valores correspondientes a Multas que resulten impuestas de acuerdo con lo establecido en este Contrato, la Retención en Garantía, la amortización del Anticipo, así como por otros conceptos expresamente descontables en virtud de este Contrato.*

6.7. *Vencidos los 3 días Hábiles para la revisión de los Documentos Soporte y en caso de que el Contratante estuviere de acuerdo con los mismos, el Contratante procederá a realizar el pago correspondiente dentro de los 60 días Hábiles siguientes a la aprobación de los Documentos Soporte por parte del Contratante. Si el acuerdo fuere parcial el Contratante pagará las sumas no cuestionadas.*

6.8. *En caso de que el Contratante no estuviere de acuerdo con los Documentos Soporte, le presentará por escrito al Contratista sus consideraciones para su rechazo. Si el Contratista está de acuerdo, procederá a incorporar, dentro de los 2 Días Hábiles siguientes, las correcciones u observaciones formuladas a los Documentos Soporte por el Contratante, incluyendo la presentación de una nueva factura o documento de cobro. Dentro del plazo establecido en esta Sección, contado a partir de la presentación de la nueva factura, el Contratante realizará el pago correspondiente.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

6.9. Si el Contratista no está de acuerdo con los motivos que dieron lugar al rechazo de los Documentos Soporte, podrá presentarlos de nuevos se expedirán por el Contratista indicando las razones de su inconformidad. Si el Supervisor del Contrato rechaza nuevamente tales documentos Soporte (para cuya revisión contará nuevamente con un plazo de 3 Días Hábiles, el Contratista podrá activar los mecanismos de solución de Disputas previstos en el Contrato.

El Contratante podrá corregir o rectificar las sumas que hubiese aprobado previamente en los Documentos Soporte.

6.10. En caso de que el Contratante encuentre alguna inconsistencia en la suma que hubiera aprobado previamente el Contratante, la pondrá en conocimiento del Contratista y determinará si fuese el caso las deducciones a que haya lugar respecto de los pagos siguientes. En caso de desacuerdo quedará abierta la posibilidad para las partes de activar los mecanismos de solución de Disputas previstos en el presente contrato.

6.11. Sin perjuicio de lo anterior y de otras estipulaciones del Contrato, el Contratante podrá abstenerse de pagar las facturas en el evento que como resultado de la verificación de los Documentos Soporte del pago de las obligaciones laborales y de seguridad social del personal del contratista, se encuentre que existen obligaciones pendientes de acuerdo con las leyes aplicables.

6.12. En caso de que las facturas sean incorrectamente presentadas, el término para el pago se contará de nuevo desde la recepción de la nueva factura en debida forma.

6.13. Todas las facturas deberán presentarse en idioma español, deberá contener el número de este Contrato, el NIT del Contratista, y una descripción de la Fase para pago, así como la indicación del lugar o municipio (s) donde se ejecutaron las actividades.

6.14. Todas las facturas se expedirán por Contratista conforme a la normatividad colombiana sobre facturación vigente en el momento de expedición de la misma, aplicando los impuestos que, por la naturaleza de la compra, le correspondan.

6.15. La falta de diligencia por parte del Contratista en el cumplimiento de las obligaciones de facturación o presentación de las facturas conforme a los apartados anteriores no perjudicarán al Contratante.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

PARAGRAFO PRIMERO: RETENCIÓN EN GARANTIA. De cada pago a que tenga derecho el Contratista, se hará una retención en garantía del cinco por ciento (5%) del valor de la factura, antes de IVA, que tendrá como finalidad asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista.

La suma retenida le será devuelta por el Contratante al Contratista dentro del plazo de treinta (180) días calendario, contados desde que el Contratante reciba definitivamente los trabajos, sin reservas u observaciones, o, si correspondiere, conjuntamente con el Pago a la Terminación Anticipada conforme el clausulado Décimo Cuarto. Adicionalmente, solo procederá la devolución siempre que el Contratista presente al Contratante documento en donde conste paz y salvo, o documento equivalente, por los siguientes conceptos: i) pago de salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores; ii) pago a proveedores precisa las obligaciones del Contratante, en; iii) póliza de estabilidad de los trabajos debidamente otorgada bajo las condiciones pactadas en el contrato.

La devolución de la cantidad retenida por parte del Contratante no implicará en caso alguno, ni podrá interpretarse como, la renuncia de acciones o la manifestación del Contratante de la inexistencia de reclamaciones derivadas del Contrato.

En todo caso, el Contratista, en cualquier momento, podrá reemplazar las sumas retenidas de conformidad a lo indicado anteriormente, por avales bancarios pagaderos a primer requerimiento e irrevocables, emitidos a nombre del Contratante, que deberán mantenerse vigentes hasta la recepción Definitiva de los Trabajos.”

En la Cláusula Octava del Contrato de nuestro interés hace relación directa o indirectamente con temas que inciden con los aspectos que trata la Clausula Sexta antes transcrita. En especial, el Ordinal “8.5 Defectos”; el Ordinal 8.6 Informes de avances:” y el “Ordinal 8.7 Memoria Técnica”.

El contenido de las cláusulas anteriores, resultan de importancia para estudiar y definir con el material probatorio recaudado, la procedencia o no de las pretensiones 3 y siguientes de la demanda.

PARAGRAFO SEGUNDO: PAGOS POR CUENTA DEL CONTATISTA. [...]”.

9. La Cláusula Octava del Contrato regula las obligaciones de cargo del Contratista, de la cual resaltamos el ordinal 8.3, ordinal 1⁹⁸, que consagra las obligaciones del Contratista relacionadas con los materiales y equipos, en donde claramente se advierte la de: *“Realizar la Gestión de Compra y adquirir los Equipos y Materiales que sean necesarios para la cumplida ejecución y terminación de las Obras en el Plazo Máximo de Entrega.”*. Así como la Cláusula Décima “Reglas Generales Aplicables a las Garantías”⁹⁹ y la Cláusula Undécima “Garantías Requeridas”¹⁰⁰.
10. La cláusula novena, regula las obligaciones que son de cargo del Contratante, en donde en su aparte 9.3¹⁰¹ señala la de *“Pagar al Contratista la Contraprestación, en los términos y condiciones convenidas en el clausulado Tercero del presente Contrato”*. A decir verdad, el clausulado Tercero del Contrato no disciplina los términos y condiciones para que el Contratante efectúe el pago, se ocupa de establecer el valor total estimado del contrato. No obstante, de tal tema se ocupa la cláusula sexta del Contrato, transcrita ut retro.
11. La Cláusula Vigésima Quinta, titulada como “Acuerdo Integral y Reformas”¹⁰², señala que *“El presente Contrato y sus Anexos constituyen el acuerdo integral que vincula a las Partes en relación con el objeto del mismo, en consecuencia, el Contrato deroga expresamente todos los Acuerdos anteriores que tengan relación con el mismo objeto. Cualquier modificación a los términos aquí contenidos deberá constar en documento escrito suscrito por cada una de las partes.”*.

Establece la cláusula antes transcrita unos linderos, un marco de referencia para la interpretación del contrato. El texto del contrato constituye el acuerdo integral al cual deben atender las partes, salvo modificaciones que deben presentarse mediante

⁹⁸ Ibídem página 21.

⁹⁹ Ibídem páginas 27 y 28.

¹⁰⁰ Ibídem páginas 28 y 29.

¹⁰¹ Ibídem página 26.

¹⁰² Ibídem página 39.

documento escrito, debidamente firmado por las mismas partes. Sobre el particular, como se anotó ut retro, no se encontró modificación alguna del contrato que nos ocupa.

III. CRUCE EPISTOLAR SURTIDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO DEL PUNTO DE CONTROVERSIA EN EL CONTRATO CELEBRADO

1. Comunicación del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017)¹⁰³, suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., dirigida a Sampol Colombia S.A.S., atención Eusebio Bilbao Hassan, representante legal. Esta comunicación plantea como “Asunto” el “*estado de cuentas del contrato de obra -error en la facturación por parte de Sampol Colombia S.A.S.-*”.

Del contenido de la anterior comunicación, resaltamos:

- 1.1. De manera expresa señala que las obras de cargo de Sampol, de acuerdo con el contrato celebrado, y fundamento del presente proceso, “*se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra a cargo de OHL y para la cual fue contratado Sampol.*”¹⁰⁴.
- 1.2. Que al momento de suscribir el Contrato, “[...] *la verdadera intención tanto de OHL, como de Sampol era convenir en un contrato de Obra, y no en otro distinto, por lo que no sería de recibo que se pretenda Obuscar entendimientos o interpretaciones ajenas a las Partes que busquen desvirtuar su voluntad real y trastoquen lo pactado en el contrato.*”¹⁰⁵
- 1.3. OHL atribuye a Sampol un error cometido al calcular el IVA, correspondiente a las facturas pagadas por OHL, por cuanto se le indujo a un error.
- 1.4. OHL, en su sentir, indica que teniendo en cuenta el mayor valor pagado por IVA, atribuido a un error de Sampol, procede descontarlo de la suma debida a Sampol, por la que esta deberá facturar la suma de \$108.117.550.70.

¹⁰³ Folios 47 a 51 Cuaderno de Pruebas N° 1.

¹⁰⁴ Ibídem página 1, 2° párrafo.

¹⁰⁵ Ibídem página 2, 1° párrafo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

2. Comunicación del diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)¹⁰⁶, suscrita por Dionisio Enrique Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol, dirigida al señor José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de OHL, en respuesta a la comunicación del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017), a la cual hicimos mención en el ordinal 1. Del contenido de esta comunicación se destaca:

2.1. *“El contrato preparado por ustedes con base en nuestra oferta de precios, es claro en cuanto a su objeto y determina dos actividades principales, una primera de suministro y una subsecuente de instalación. Yendo al desglose de precios y actividades pactadas en los anexos al contrato tal determinación bipolar de su objeto se evidencia con total claridad, siendo la primera actividad la de mayor peso al comprender el 89.3% del valor total, restando la de obra civil de instalación la de menor proporción pues solo alcanza la suma de \$905.444. 768.00 y que corresponde a un 10.7% del total.”*¹⁰⁷.

2.2. Con fundamento en la anterior consideración, “[...] sugerimos ajustar a la interpretación que tiene OHL del contrato para considerar que las actividades facturadas con IVA del 19% relacionadas con ejecución de obras materiales sobre inmuebles y que corresponden según cálculos de nuestro contador al 10.7% del total, se puede hacer directamente sin necesidad de otro si, que incluso puede hacerse sobre la última factura sin necesidad de solicitud de corrección y devolución de declaraciones ya en firme, al tiempo de proceder con la corrección de la tarifa ya declarada y pagada para ajustarla al 16%.”¹⁰⁸.

3. Comunicación del diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017),

¹⁰⁶ Folios 52 a 54 Cuaderno de Pruebas N° 1.

¹⁰⁷ Ibídem página 1 párrafo 3°.

¹⁰⁸ Ibídem página 3 último párrafo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

visible a folio 055 del cuaderno de pruebas, suscrito por Dionisio Enrique Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol, dirigido a José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL. Con la presente comunicación se adjunta *“el acta final que incorpora la totalidad de suministros entregados y trabajos efectuados de conformidad con lo previsto en el anexo del contrato y que enseña que existe un saldo pendiente por facturar que asciende a \$1.394.127.313.”*.

Igualmente señala, de acuerdo con lo conversado respecto del IVA, sugiere “ajustar la factura a emitir a la interpretación que tiene OHL del contrato para considerar que las actividades a facturar deben serlo con IVA del 16% y que al corresponder este saldo a actividades de obra material sobre inmueble este impuesto se calcule sobre la utilidad esperada del 5%, lo que correspondería a \$11.153.018.5.

4. Comunicación del cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017), visible a folio 058 del cuaderno de pruebas, suscrito por Dionisio Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol, dirigido a José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL.

Mediante la presente comunicación, se adjuntan las facturas 24 y 25, solicitando se atiendan en los términos señalados en el contrato. Estas facturas se elaboraron bajo el entendido de que “parte de las tareas ejecutadas por Sampol pueden corresponder a la ejecución de obras civiles y por tanto sobre tal porcentaje el IVA a facturar se hará sobre el 5% de AIU”. Sobre el resto se calculará el IVA al 19%, atendiendo el numeral 5, del concepto DIAN 0096 de 30 de enero de 2017.

5. Comunicación del nueve (9) de octubre de dos mil diecisiete (2017), visible a folio 061 del cuaderno de pruebas, suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., dirigido a Sampol Colombia S.A.S., atención Eusebio Bilbao Hassan, representante legal, mediante el cual no se aceptan y se devuelven los originales

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

de las facturas 24 y 25, en atención a lo expresado en oficios radicados anteriormente.

6. Concepto de Price Waterhouse Cooper PWC Colombia del once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017) sobre el tratamiento del impuesto sobre las ventas IVA, no firmado, con la antefirma de Carlos María Lafurie, como socio, de Marta Toro como Directora, de Jeimmy Morales como gerente, de Carlos García como Consultor senior, de Andrés Fabian Gonzales, como consultor senior y de Andrés Valera como consultor, visible a folios 064 a 069 del cuaderno de pruebas, dirigido a Guillermo García Moliz, CFO del Grupo Sampol.
7. Comunicación del doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), visible a folios 070 a 072 del cuaderno de pruebas, no firmado, con antefirma de Dionisio Araujo Angulo, dirigido a Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, mediante el cual se presenta derecho de petición, para consultar sobre el manejo del IVA, en un subcontrato a favor de una concesión aeroportuaria.
8. Comunicación del doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018), visible a folio 073 al 075, del cuaderno de pruebas, identificado con el número de radicación 00S2018006050, suscrito por Pedro Pablo Contreras Camargo, Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, dirigido a Dionisio Enrique Araujo Angulo. Debe resaltarse que la consulta se planteó de manera general, y no recoge de manera estricta los hechos que son de interés para este trámite arbitral.
9. Comunicación del catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018), visible a folios 087 y 088 del cuaderno de pruebas, suscrito por Dionisio Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol S.A.S., dirigido a Álvaro Manchado Mayayo, representante legal de Construcciones Colombianas OHL, mediante el cual, teniendo en cuenta los antecedentes existentes, le informa que solo queda el mecanismo arbitral para solucionar el conflicto existente, para lo cual lo invita a “una reunión para ambientar el tema en procura de una resolución conciliada o al menos acordar algunas bases para ir adelantando la convocatoria al tribunal

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

de arbitramento que tenemos pactado como mecanismo de resolución de las controversias no arregladas entre nosotros.

10. Comunicación del quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018), visible a folio 076 del cuaderno de pruebas, suscrito por Dionisio Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol S.A.S., dirigido a José María Pérez Lasheras.

Mediante la presente comunicación, se solicita el pago inmediato de las sumas debidas por OHL a Sampol. Igualmente se remite copia del concepto de la DIAN, como respuesta de la solicitud presentada por Sampol. Así mismo, le pone de presente a OHL, que la DIAN, interpretó el contrato en interés como una venta efectiva de bienes muebles con instalación de estos.

11. Comunicación del veinticuatro (24) de abril de dos mil dieciocho (2018), visible a folios 077 al 078 del cuaderno de pruebas, suscrito por Rosendo González Bonilla, en su condición de representante legal de OHL S.A.S., dirigido a Eusebio Bilbao Hassan, representante legal de Sampol Colombia S.A.S., mediante el cual, teniendo en cuenta las comunicaciones de Sampol S.A.S., reiteran que el contrato celebrado entre las mismas es un contrato de obra, que para efectos del IVA, debe recibir el tratamiento de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992. Lo anterior, a pesar del error en que incurrió con el pago de las primeras cuatro facturas *“en las cuales el impuesto se liquidaba conforme a las normas generales del impuesto sobre las ventas”*. Construcciones OHL no ha pretendido modificar el contrato que fue suscrito por las partes ni ha dado interpretaciones adicionales al mismo. Por el contrario, el Contratante se ha limitado a poner de presente que, en el marco de lo dispuesto en el contrato, el impuesto debió liquidarse conforme a la norma especial dispuesta en el Decreto 1372 de 1992.

De otro lado, desestima el concepto de la DIAN que se le hizo llegar, por cuanto la consulta incurrió en diferentes errores y no contenía la totalidad de la información que realmente consultara con los hechos sucedidos.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

12. Comunicación del once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), visible a folios 084 y 085 del cuaderno de pruebas, suscrito por Dionisio Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol Colombia S.A.S., dirigido a Ramiro José Diez López, como representante legal de Construcciones Colombianas S.A.S., mediante la cual solicitan a OHL, reconsidere su posición de que la controversia existente la dirima un Tribunal de Arbitramento, y procedan de manera directa en búsqueda de una solución apropiada.
13. Comunicación del ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), visible a folio 086, suscrita por Dionisio Araujo Angulo, en su condición de apoderado general de Sampol Colombia S.A.S., dirigida a Ramiro Diez López, como Country Manager de OHL Colombia, mediante la cual se indica que a pesar de la posición de Sampol Colombia S.A.S., de resolver amigable y directamente la controversia surgida entre ellas, y de la posición adversa de OHL, proponen avanzar en la solución arbitral.
14. Comunicación del cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019), visible a folios 100 al106, suscrito por Dionisio Araujo Angulo, en su calidad de apoderado general de Sampol Colombiana S.A.S., dirigido a Álvaro Manchado Mayayo, representante legal de Construcciones Colombianas S.A.S., mediante la cual, efectuado un recuento de los antecedentes acaecidos, le solicita *“el pago inmediato en favor de Sampol Colombia de la suma de \$2.964.710.124.00, que comprende el valor adeudado más los interés de mora desde cuando debió pagarse y hasta la fecha de emisión de esta reclamación.”*
15. Comunicación del ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019), visible a folio 107 del cuaderno de pruebas, suscrito por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., dirigido a Dionisio Araujo Angulo, en su calidad de apoderado general de Sampol Colombiana S.A.S., mediante la cual, pone de presente que el Tribunal de Arbitraje debe conocer de toda la controversia existente entre las partes, incluyendo la calidad de las obras ejecutadas y el presunto incumplimiento de Sampol “de aportar las pólizas de seguros contractualmente pactadas al no haber registro de tal

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

circunstancia, razón por la cual, atendiendo al contenido del mismo contrato y en especial, a la cláusula Décimo Octava numeral 18.5 literal f), notificamos a ustedes que hemos dado inicio al proceso de imposición de multa por el incumplimiento de la Cláusula Undécima- Garantías Requeridas, respecto de lo cual, se le concede un término de ocho (8) días hábiles contados a partir del recibo efectivo de la presente comunicación para que aporte las pruebas que acrediten su cumplimiento, o realice sus respectivos descargos.”

16. Comunicación del seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), visible a folio 108 del cuaderno de pruebas, suscrito por Dionisio Araujo Angulo, como apoderado general de Sampol S.A.S., dirigida a José María Pérez Lasheras, representante legal de Construcciones Colombianas OHL, mediante el cual precisa que “llama poderosamente la atención que la solicitud de presentación de pólizas se haga en octubre de 2019, a más de dos años de haber dicho OHL que había recibido a satisfacción las obras y materiales suministrados por Sampol (nota de 29 de agosto de 2017 suscrita por usted como representante legal de Construcciones Colombianas OHL), sin que en dicho extenso lapso de tiempo y en ninguna de las muchas comunicaciones cruzadas se nos haya requerido por ello, ni tampoco se nos haya realizado jamás requerimiento alguno sobre la calidad de los trabajos y materiales instalados, adjunto a esta las pólizas constituidas por Sampol y emitidas por Seguros Bolívar (manejo de anticipo, cumplimiento, salarios y prestaciones y responsabilidad civil extracontractual) con ocasión de la celebración y como paso previo a la autorización del inicio de ejecución de las mismas, y póliza de cumplimiento expedida por Confianza con vigencia en el amparo de estabilidad, hasta el año 2022, cumpliendo lo pactado en el contrato.”
17. Comunicación del doce (12) de agosto de diecinueve (2019)¹⁰⁹, suscrito por José Pérez Lasheras, representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., dirigido a Sampol Colombia S.A.S., atención Dionisio Araujo Angulo, en donde OHL

¹⁰⁹ Visible en Cuaderno digital de pruebas/carpeta denominada "2. PRUEBAS CONTESTACION DEMANDA 22042020"/archivo "19. Comunicación del 12 de agosto de 2019 Respuesta SAMPOL"

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

reitera su posición frente a las reclamaciones de pago planteadas por OHL S.A.S. De lo anterior resaltamos lo siguiente: 17.1- La naturaleza del contrato suscrito entre OHL y Sampol, el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), es el obra civil; 17.2- Sampol manifestó en el contrato que tenía conocimiento de las normas tributarias aplicables a esta tipología contractual; 17.3- El error, no puede constituirse en fuente de derecho; 17.4- Es responsabilidad de SAMPOL, devolver a OHL el valor pagado en exceso por concepto de IVA -en este caso del 16%- derivado de su error al facturar, lo que determina que dichos valores deben ser considerados a favor de OHL en la liquidación del contrato. En la mayoría de los siguientes ordinales OHL, básicamente se ocupa de revisar y precisar los efectos fiscales del contrato celebrado entre las partes, partiendo de la base de que este contrato es de obra; 17.5- Se rechaza el cobro efectuado por Sampol; 17.6- Insisten “en que los defectos de las obras ejecutadas por Sampol, han impedido a OHL suscribir el acta de recibo final de las obras con AEROCALI, con los efectos negativos que esta situación ha derivado para OHL, sin perjuicio de los valores por retención en garantía que para estos eventos, contempla el contrato.”

Concluye este comunicado, solicitándole a Sampol *“adelante las actividades necesarias para la entrega final de la misma, y así disminuir los aspectos controversiales de esta relación comercial, que esperamos recuperar a través de su cumplimiento.”*

IV. PRETENSIONES Y EXCEPCIONES

A. ASPECTOS INICIALES

La parte demandante presenta tres pretensiones declarativas (las tres primeras), y seis consecuenciales de condena, agrupadas en el ordinal cuarto (4), del acápite de pretensiones. No obstante, la pretensión 4.5, solicita se condene en perjuicios a la convocada Sampol, por los intereses y sanciones impuestas por la DIAN a Sampol, tal circunstancia, extracontractual, no ha sido declarada como imputable o de cargo de la demandada, ni hace parte de las pretensiones declarativas presentadas.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

A su turno, en contra de ellas, la demandada enumeró y tituló cuarenta y dos (42) apartes como excepciones de mérito. No obstante, muchos de tales apartes se encuentran correlacionados o se encuentran reiterados o repetitivos, lo que hace menester agruparlos, para estudiarlos, revisarlos y despacharlos en varios grupos.

Es así, como los siete primeros apartes 3.1 al 3.7 tienen como propósito establecer que el contrato celebrado entre las partes es de obra, y no de suministro, lo cual no se opone de manera directa con ninguna de las pretensiones de la demanda.

Los apartes o títulos que van del 3.8 al 3.21, el 3.26, 3.36, 3.37, 3.38, teniendo en cuenta que el contrato celebrado es de obra, hacen relación al aspecto fiscal del contrato, de cara a la liquidación y cobro del IVA aplicable, y que toca temas como: las normas aplicables; como determinar la base gravable; conducta omisiva de Sampol en liquidar el IVA; Sampol ha interpretado de manera equivocada las normas tributarias aplicables al IVA del contrato; no existe responsabilidad de la contratante en la liquidación del IVA; Responsabilidad de Sampol en la liquidación errónea que hizo del IVA aplicable al contrato celebrado; inoponibilidad de los conceptos emitidos por la DIAN; los conceptos de la DIAN solo obligan a sus empleados; la ignorancia de la ley no sirve de excusa; Sampol incumplió su deber de diligencia; la obligación tributaria es de resultado; Sampol facturó valores no debidos por concepto de IVA.

Los apartes 3.23, 3.24, 3.29, parten del presupuesto de que las obligaciones de que tratan las facturas 24 y 25 no son exigibles, por cuanto son obligaciones sujetas a condición; y por cuanto, respecto de tales obligaciones se ha producido la compensación legal.

Resulta menester resaltar, que gran parte de la defensa se construyó sobre temas, aspectos, dirigidos no directamente respecto de las pretensiones de la demanda, lo que evidentemente advierte una incongruencia entre lo uno y lo otro, esto es, entre las pretensiones y las excepciones. Como, por ejemplo, la construida para establecer que el contrato celebrado por las partes es de obra material, lo cual no integra ninguna de las pretensiones presentadas; indebida liquidación del IVA del contrato por parte de la convocante.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Pretende la demandante con su demanda, que 1- *“se declare que entre Sampol y OHL se suscribió con apego a la ley contrato que tuvo por objeto “Suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras para la certificación del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón (CLO) bajo la normativa de la Organización de la Aviación Civil Internacional -OACI-, de conformidad con las especificaciones técnicas del proyecto, el plazo, plan de trabajo demás aspectos expresados en los anexos.”*¹¹⁰

Respecto de la anterior petición, encontramos lo siguiente:

La existencia del documento escrito contentivo de la relación contractual que nos ocupa y todo su contenido es un tema pacífico para las partes, las que de manera independiente lo aportaron al proceso, el cual no fue desconocido, ni tachado por ninguna de ellas.

La demandada, o convocada, en la contestación de la demanda, se allana a la presente pretensión, cuando señaló: “Esta pretensión deberá ser fallada por el H. Tribunal en los precisos términos en que ha sido formulada por la Convocante pues justamente allí se expresa el objeto del contrato, que hoy es materia de discusión, así como se desprende toda su estructura obligacional.” Adicionalmente, prueba de su allanamiento consta en el escrito que el apoderado de la demandada aportó como alegaciones en la audiencia de alegatos, en el título II denominado “Solicitud”¹¹¹, manifiesta que “Teniendo en cuenta lo probado en el proceso, corresponderá al H. Tribunal despachar de forma negativa todas las pretensiones de la demanda, a excepción de la primera [...]”.

Lo anterior, es suficiente para despachar favorablemente esta primera pretensión, no sin antes dejar claro, que esta declaración hace relación y comprende el texto integral del documento aportado por las partes, que contiene el contrato celebrado entre ellas el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

¹¹⁰ Visible a folio 10 del Cuaderno Principal 1.

¹¹¹ Cuaderno principal digital, archivo denominado “62.2. ALEGATOS FINALES CONSTRUCCIONES OHL”, folio 48.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Así mismo, solicita 2- *“Se declare que Sampol Colombia SAS cumplió con sus obligaciones contractuales en la forma y tiempo debidas, de conformidad con el texto del contrato.”*¹¹²

Igualmente, solicita 3- *“Se declare que CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS incumplió las suyas, así:*

- i. la obligación de pagar a Sampol la remuneración pactada en la forma y tiempo debidos.*
- ii. La obligación de devolver a Sampol las sumas de dinero que retuvo a título de retención en garantía en el tiempo previsto en el Parágrafo Primero de la Clausula sexta del contrato.”*¹¹³

Con fundamento en lo anterior, el demandante plantea las siguientes pretensiones de condena: *“4- En consecuencia, de las anteriores declaraciones se condene a Construcciones Colombianas OHL SAS, a favor de Sampol, al pago de las siguientes sumas de dinero:*

4.1- Saldo de obra y suministro de materiales pendientes de pago, previa amortización del anticipo recibido, que corresponde a la suma de mil tres cientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil quince pesos (\$1.394.127. 315.00), junto con el IVA a que haya lugar.

4.2- Al pago de intereses de mora a la máxima tasa legal dispuesta por la ley para este tipo de obligaciones, calculados sobre la suma pretendida en el anterior numeral de mil tres cientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil quince pesos (\$1.394.127. 315.00), desde cuando se certificó por OHL la recepción de los últimos de los últimos trabajos efectuados por Sampol y aún pendiente de pago se recibieron los trabajos por OHL el 29 de agosto de 2017, y hasta cuando su pago se produzca.

4.3 - La devolución de los dineros retenidos por OHL a título de retergarantía la suma de cuatrocientos siete millones cincuenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$407.057. 728.00).

4.4- Al pago de los intereses de mora a la máxima tasa legal dispuesta por la ley para este tipo de obligaciones, calculados sobre la suma pretendida en el anterior numeral de cuatrocientos siete millones cincuenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$407.057.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

728.00), desde el 1 de marzo de 2018 cuando se cumplió el plazo contractual para su devolución por parte de OHL, y hasta cuando su pago se produzca.

4.5- A título de reparación integral en los términos ordenados por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se condene a construcciones colombianas OHL a restituir el patrimonio de Sampol Colombia SAS en el valor en que esta se vea obligada a cancelar en favor de la DIAN las sanciones e intereses por presentación inexacta de las obligaciones de declaraciones de IVA, tal y como fuera Sampol requerida por aviso de emplazamiento para corregir con identificación No 32240202019000582 del 28/10/2019.

4.6- A las costas y demás gastos procesales a que haya lugar, incluidos honorarios de abogado y gastos de instalación y funcionamiento de este Tribunal.”¹¹⁴

B. ASPECTOS ESPECIFICOS: LAS EXCEPCIONES

La demandada formuló las excepciones de mérito que se precisan enseguida y se abordan, estudian y resuelven enseguida:

1. “3.1-Correspondencia entre la voluntad declarada y la naturaleza del contrato.”¹¹⁵

Como soporte de la presente excepción se manifiesta que el Tribunal al resolver sobre la pretensión primera teniendo en cuenta los antecedentes, la finalidad, el alcance y la naturaleza del contrato, habrá de declarar que éste responde a la tipología de un contrato de obra material.

Nótese que la definición de la naturaleza del contrato celebrado no hace parte de ninguna de las pretensiones de la demanda.

El demandado al apoyarse en que el contrato es de obra material, y no de suministro, parte del presunto hecho de que la demandante incurrió en un inexcusable error al liquidar y cobrar el IVA aplicable al contrato, lo cual causó perjuicios económicos a OHL, y que, en

¹¹⁴ Ibídem folios 10 y 11.

¹¹⁵ Cuaderno digital principal/archivo " 8.2 CONTESTACION DEMANDA 22042020", página 57.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

consecuencia, dado el valor de esos perjuicios, se dio una compensación legal con lo debido contractualmente por OHL a Sampol.

El Tribuna procede a revisar el tema:

En primer lugar, en el presente trámite no se presentó demanda de reconvención, de manera tal que imponga la necesidad de que este Tribunal deba pronunciarse respecto de la naturaleza del contrato celebrado por las partes, con fundamento en petición expresa de ello. Ahora bien, ninguna de las pretensiones de la demanda se ocupa de solicitar que se declare que el contrato celebrado es de suministro.

De otra parte, las facturas 013, 014, 015 y 016, claramente identificadas en el plenario, a las cuales se les liquidó el IVA por parte de Sampol, bajo el régimen general, fueron pagadas sin objeción por parte de OHL. Qué significado se le puede atribuir a tal hecho. Coincidencia de criterio al respecto; ¿error conjunto de las partes? Claramente OHL, tenía la facultad y la capacidad legal y técnica para rechazar tales facturas y no lo hizo. *Nemo auditur propiam turpidunem alegan*, reza el conocido aforismo latino.

Igualmente se destaca que, en ningún aparte del contrato, o en documento escrito modificatorio adicional, se establece un AIU, unos honorarios o utilidades para Sampol. Como es de general conocimiento, el precio se pactó como una suma global fija. Esta circunstancia no permite aplicar la excepción al régimen general de IVA, dado que no se cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 3 del Decreto 1372 de 1.992. Como es de general conocimiento, las normas tributarias son de carácter imperativo, y su interpretación es de carácter restrictivo.

Los presuntos perjuicios que dice la demandada se le irrogaron por el posible error cometido por Sampol al liquidar y cobrar el IVA del contrato, no constituye una obligación líquida, cierta, ni respecto de su existencia, ni de su cuantía, por tanto, no puede oponerse a las obligaciones cuyo pago, con fundamento en el contrato, adeuda OHL a Sampol.

De acuerdo con el criterio de la demandada, el mayor valor pagado por concepto de IVA del contrato no puede predicarse de Sampol, por cuanto ésta no recibió ese dinero, y que como es sabido, tal dinero lo recibió un tercero, en este caso la Nación en cabeza de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Así mismo, cabe destacar que obra en el proceso copia completa del expediente administrativo VG 2017 2019 001751, tramitado por la DIAN, con fundamento en la solicitud de devolución o compensación del IVA presentada por la parte demandante, la cual fue rechazada. Allí, la autoridad tributaria interpretó el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992, y concluyó en lo que respecta al punto de la liquidación del IVA en el caso concreto, mantener la aplicación del régimen general para la liquidación del IVA del contrato.

Igualmente, debemos recordar que las partes establecieron unas limitantes para llevar a cabo la interpretación del contrato. Así, la cláusula vigésima quinta, intitulada “ACUERDO INTEGRAL Y REFORMAS”, establece que el *“contrato y sus anexos constituyen el acuerdo integral que vincula a las partes en relación con el objeto del mismo, en consecuencia, el contrato deroga expresamente todos los acuerdos anteriores verbales o escritos que tengan relación con el mismo objeto. Cualquier modificación a los términos aquí contenidos deberá constar en documento escrito suscrito por cada una de las partes.”*¹¹⁶.

Encuentra este Tribunal que las anteriores reflexiones son suficientes para desestimar la presente excepción, las cuales son replicables para la gran mayoría de los temas que la demandada plantea como defensa o excepciones de las pretensiones de la demanda.

2. “3.2-Inexistencia de un contrato de suministro”¹¹⁷.

Se funda la presente excepción en que teniendo en cuenta la naturaleza, objeto, causa, finalidad y alcance de las obligaciones de cargo de Sampol, el contrato no puede calificarse como un contrato de suministro.

¹¹⁶ Página 39 Contrato de Obra.

¹¹⁷ Cuaderno digital principal/archivo " 8.2 CONTESTACION DEMANDA 22042020", página 58.

Para el presente caso, resultan aplicables los señalamientos anteriores, e igualmente apreciar que la presente excepción no es de recibo porque no tiene relación con ninguna de las pretensiones planteadas en la demanda.

Precisamente el artículo 96 del Código General del Proceso, que se ocupa del contenido de la contestación de la demanda, en su numeral 3 prevé las excepciones de mérito que se proponen contra las pretensiones del demandante, con lo cual se sobreentiende que las excepciones son herramientas con las cuales el demandado se defiende de las pretensiones promovidas por el demandante.

3. “3.3- El objeto del contrato entre OHL y SAMPOL es propio de un contrato de obra”¹¹⁸

“A nivel técnico y por ende jurídico, se ha establecido que las obras eléctricas, incluida la instalación de los materiales y equipos necesarios para ello, quedan integradas al inmueble al que prestan esa funcionalidad, lo que hace que tales obras, sin duda, sean parte del inmueble; lo anterior se acentúa en la funcionalidad misma de un aeropuerto dada la necesidad de incorporar obras eléctricas que garanticen la orientación del tráfico de aeronaves, la demarcación de las pistas y la minimización de riesgos de accidentalidad.”¹¹⁹

Igualmente, para el presente caso caben las consideraciones expuestas en el aparte 3.1 anterior, y debemos manifestar que el argumento anterior no es de recibo.

4. “3.4- El contrato de obra suscrito con SAMPOL es un contrato back to back, respecto del contrato de obra principal suscrito entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Aerocali S.A.”¹²⁰

Debe resaltarse que el título identificado con el ordinal 3.33, del acápite de excepciones de la contestación de la demanda, intitulado *“Contrato back to back -causa contractual y*

¹¹⁸ Ibídem.

¹¹⁹ Ibídem.

¹²⁰ Ibídem página 59

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

*ley para las partes*¹²¹, encuentra similitud de argumento, lo cual hace posible refundirse en una sola.

Para edificar su defensa, que no queda claro a que pretensión se opone, la convocada se apoya en apartes del Acuerdo de Intención celebrado el veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Sampol Ingeniería y Obras S.A. Sobre el particular el Tribunal debe destacar que el Acuerdo citado fue celebrado por persona jurídica distinta de la aquí convocante.

De otro lado, el contrato fundamento del presente tramite, en su Cláusula Vigésima Quinta, delimita las reglas contractuales que les son aplicables. Así, enfatiza que el contrato es el acuerdo integral que vincula a las partes, expresamente deroga cualquier acuerdo previo, y establece que cualquier modificación debe ser expresa, constar en documento escrito debidamente firmado por las partes. Revisado el caudal probatorio existente, no se encuentra documento escrito alguno que modifique los términos y condiciones del contrato.

Adicionalmente a lo anterior, deben tenerse en cuenta las consideraciones expuestas en el anterior aparte 3.1.

Esta especial circunstancia, no hace viable que, para cualquier interpretación del contrato, podamos remitirnos a acuerdos anteriores.

Igualmente resulta destacable que tal como se presenta la argumentación planteada por la convocada, no es dable oponerla a ninguna de las pretensiones señaladas por la demanda, lo cual, genera una incongruencia entre lo pedido y la defensa esgrimida.

Por todo lo anterior, se desestima la presente defensa.

5. “3.5- La ley y la jurisprudencia han definido las obras de electricidad e

¹²¹ Ibídem páginas 75 a 78

instalaciones en un inmueble como contratos de obra”¹²².

Respecto del presente tema, se invoca, el artículo 2053 del Código Civil Colombiano y la jurisprudencia que al parecer corresponde al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 2 de agosto de 2017, M.P. Jorge Octavio Ramírez y el Concepto de la Sala de Consulta Civil del 5 de septiembre de 2018, CP Edgar González López.

El presente acápite, sin ningún fundamento fáctico, se limita a citar una norma y cierta jurisprudencia, que el Tribunal la leerá y si la encuentra apropiadas la atenderá para el caso que corresponda.

En síntesis, el presente acápite no es de recibo, y per se no constituye una excepción.

6. “3.6- Inseparabilidad de la obra y los bienes que se suministraron”¹²³.

Lo cual encuentra consonancia con el Concepto Unificado 001 del 2003 de la DIAN, efectuándose las transcripciones correspondientes, para precisar que son los contratos de confección de obra material y el de servicios de construcción, para concluir que el contrato en interés constituye claramente un contrato de construcción.

Apreciamos suficiente, remitirnos a las reflexiones expresadas en el aparte 3.1, y en ese orden desestimar el presente argumento.

7. “3.7- Interpretación no razonable”¹²⁴

Reitera la convocada que el contrato, fundamento del presente tramite arbitral, es de obra, y que la calificación que pretende darle la actora como de suministro se opone a la naturaleza física y jurídica de las cosas, y que por tanto no es razonable.

¹²² Ibídem páginas 59 a 60.

¹²³ Ibídem páginas 60 a 61.

¹²⁴ Ibídem página 62.

Para el presente caso, igualmente debemos atender las reflexiones planteadas en el aparte 3.1 anterior, y de contera señalamos que el presente aparte, no es de recibo.

Los siete apartes anteriores, se pueden agrupar en una sola excepción que pretende establecer que el contrato celebrado entre las partes es de obra material, y no de suministro. No obstante, se encuentran muy correlacionados con la argumentación que se expresan en los apartes subsiguientes.

8. “3.8- El régimen tributario del contrato sub - lite corresponde al fijado en el artículo 3 del Decreto 1372 1992”¹²⁵.

El presente argumento, que se antoja repetitivo, parte del presupuesto que el contrato celebrado entre las partes corresponde a uno de construcción de bien inmueble, por lo cual, señala la convocada debe aplicársele el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992.

Sobre el presente punto, nos remitimos a las reflexiones planteadas en el aparte 3.1, y apreciamos no procedente el anterior argumento.

No obstante, nuevamente recordamos que el contrato en interés no señala ni precisa AIU, honorarios o la utilidad correspondiente al contratista. Esto, en gracia de discusión, partiendo de la base que el contrato fuese de construcción. No obstante, la anterior circunstancia no hace posible aplicar el régimen de excepción que plantea el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992. Para ello, se trae a colación la Resolución de Rechazo Definitivo de la DIAN DI201720192299 de fecha trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)¹²⁶, que rechazó la solicitud de devolución o compensación del IVA, la DIAN al referirse al artículo 3 del Decreto 1372 1992 señaló lo siguiente:

“De acuerdo con la norma citada, para poder utilizar una base especial del IVA en los contratos de obra pública o de construcción se debe establecer en el contrato que se suscribe y no puede ser inferior a los que comercialmente se estipula en contratos similares.

¹²⁵ Ibídem páginas 62 a 63.

¹²⁶ Visible a folio 83 del Cuaderno de Pruebas.

*Ahora bien, de lo anterior se concluye que en el contrato aportado a la presente solicitud no se estipuló AIU, si no que se **pactó bajo la modalidad de suma global fija**, igualmente se pudo establecer que no existe un documento anexo al contrato principal (OTROSÍ) que aclare, adicione o modifique las condiciones del contrato inicial, que las facturas soporte no mencionan a una base especial del IVA y que se liquida sobre la tarifa del IVA general. [...]”.* (Resaltado documento original)

Igualmente se reitera el carácter imperativo de las normas tributarias, y de su interpretación restrictiva, bajo el criterio de interpretación gramatical contenido en el artículo 27 del Código Civil. Sobre el particular, resulta de importancia tener en cuenta lo señalado por la sentencia C-054 de 2016 de la Corte Constitucional.

9. “3.9- La ley establece la forma de determinar la base gravable cuando el porcentaje de AIU no ha sido expresado en el contrato de obra”¹²⁷.

Sobre el presente punto, debe tenerse en cuenta todo lo expresado en los apartes anteriores, para desechar igualmente el presente argumento.

Al tenor de lo dispuesto en el acápite anterior, el inciso 1 del artículo 3 del decreto 1372 de 1992 es preciso al disponer que “... el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. (...) para estos efectos, en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad (...)”. Siendo esta una norma imperativa que es clara y precisa.

10. “3.10- Conducta omisiva de Sampol para acreditar el AIU ante la DIAN”¹²⁸.

Recogiendo los comentarios efectuados por este Tribunal respecto de los acápites anteriores, solo resta precisar que, revisado el material probatorio recaudado, no aparece acreditado o probado que la convocante haya actuado de manera negligente o culposa en

¹²⁷ Cuaderno digital principal/archivo " 8.2 CONTESTACION DEMANDA 22042020", página 63.

¹²⁸ Ibídem páginas 63 y 64.

el desarrollo y conclusión del contrato celebrado entre las partes. Tampoco demuestra el demandado que de manera específica Sampol haya actuado negligentemente en la acreditación del AIU ante la DIAN, más aún cuando dicha acreditación debe constar en el contrato como lo señala el artículo 3 del decreto 1372 de 1992 en el evento que se pretenda dar aplicación al régimen excepcional del IVA.

De igual forma la conducta diligente de la convocante se demuestra con el trámite que inició ante la DIAN solicitando la devolución del IVA, que supuestamente había pagado de más, de acuerdo con el argumento esgrimido por la convocada, solicitud esta que finalmente fue negada por la DIAN, al aplicar lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1372 de 1992.

Así las cosas, el presente argumento no es de recibo.

11. “3.11- SAMPOL no es contratante cumplido”¹²⁹.

Aquí el argumento nuevamente se repite. Se le atribuye incumplimiento a Sampol, por no liquidar y cobrar debidamente el IVA sobre el contrato. Como el tema se encuentra claramente revisado por esta Tribunal, nos remitimos a las consideraciones expresadas por el mismo, respecto del mismo tema.

Por otra parte, en comunicación del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017)¹³⁰, suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., y dirigida a Sampol Colombia S.A.S., se manifiesta que “A la fecha de la presente, las obras objeto del Contrato se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra a cargo de OHL y para la cual fue contratado Sampol”.

Adicionalmente, en Comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)¹³¹, suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal

¹²⁹ Ibídem página 64.

¹³⁰ Cuaderno físico de pruebas N° 1 folios 47 a 51.

¹³¹ Ibídem folios 89 a 93.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., y dirigida a Sampol Colombia S.A.S., se remite borrador de Acta de liquidación del Contrato, y en dicha Acta se manifiesta en el numeral 4 “Que las actividades objeto del contrato fueron ejecutadas dentro del plazo pactado y recibidas a satisfacción por la supervisión y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS”.

Igualmente, durante la práctica de la inspección judicial decretada a la pista del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón, que se realizó el 16 de Septiembre de 2020, con el acompañamiento de funcionarios de la concesionaria del aeropuerto Aerocali S.A., el Tribunal pudo constatar directamente la ejecución de las obras objeto del contrato celebrado entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Sampol Colombia SAS, y en ningún momento durante la práctica de esta diligencia el apoderado de la convocada, quien había solicitado la prueba, manifestó su inconformidad con la ejecución del contrato, ni adujo el incumplimiento del mismo por parte de la convocante.

Para el Tribunal las manifestaciones de Construcciones Colombianas OHL S.A.S. en las dos comunicaciones mencionadas, y la conducta asumida por el apoderado de la convocada durante la práctica de la inspección judicial, constituyen afirmaciones inequívocas del cumplimiento contractual por parte de Sampol.

En ese orden, el presente argumento se aprecia infundado.

12. “3.12- IVA aplicable en los contratos de concesión y subcontratos”¹³².

Bajo el presente título nuevamente se repite el mismo argumento. Al igual que en el anterior caso, nos remitimos a las explicaciones expresadas por este Tribunal sobre la materia.

Así, el presente argumento se declara infundado.

¹³² Ibídem página 65.

13. “3.13- Inexistencia de responsabilidad contractual del contratante”¹³³.

Se erige la defensa bajo la manifestación de que *“la responsabilidad civil contractual encuentra su fundamento en el título 12 del libro Cuarto del Código Civil, que regula lo atinente al efecto de las obligaciones, a partir del cual se define aquella, en sentido amplio, como la obligación de resarcir el daño sufrido por el acreedor debido al incumplimiento del deudor de obligaciones con origen en el contrato.*

Así las cosas, en materia de responsabilidad contractual, la prosperidad de la pretensión indemnizatoria depende, entre otros requisitos del incumplimiento del demandado de las obligaciones a su cargo derivada de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución, requisito que no se cumple en el presente caso, pues la demanda enfoca el supuesto incumplimiento de OHL, principalmente en el reclamo por el pago de unas facturas y por la no devolución de las sumas objeto de retención en garantía, ambas justificadas bajo el contrato, conforme se indicó en la contestación de los hechos.”.

Básicamente señala la convocada que no debe prosperar la pretensión indemnizatoria, en especial por el no pago de unas facturas y la no devolución de las sumas de dinero retenidas en garantía, por cuanto estas circunstancias se encuentran justificadas con el contrato. En síntesis, el no pago de las facturas y la no devolución de las sumas retenidas en garantía, se encuentran debidamente justificadas.

En el mismo sentido corren las excepciones denominadas compensación, cobro de lo no debido, obligación de pago sujeta a condición, obligación de pago no es exigible, culpa de Sampol, incumplimiento de Sampol, artificioso e inexistente conflicto por incumplimiento del contrato entre otros.

La razón común la constituye el hecho, según la convocada, en que la convocante mediante las facturas 013, 014, 015 y 016, de fechas 7 de febrero de 2017, 1 de marzo de 2017, 24 de marzo de 2016 y 24 de abril de 2017, en su orden, liquidó y cobró a OHL un IVA más

¹³³ Ibídem

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

alto del debido, lo cual le generó perjuicios, concibiendo tal error como un incumplimiento contractual.

Veamos, en primer lugar, tenemos que OHL pagó las facturas antes identificadas sin objetarlas o rechazarlas, encontrándose en plena facultad y capacidad para hacerlo, teniendo en cuenta su experiencia, su profesionalidad y soporte técnico legal, y la norma contractual. Ese pago, en el fondo, imponía estar de acuerdo con el contenido de tales facturas o bien un inexcusable error, el cual no podemos esgrimir como defensa. De otra parte, *“el IVA generado en el contrato no se calculó sobre AIU sino sobre el valor total de la obra y este fue llevado como mayor valor del gasto.”*

El Tribunal encuentra que en el contrato se estableció como precio una suma global fija y por ningún lado de este contrato se estableció suma alguna de dinero que corresponda a honorarios o utilidad para el contratista, no discriminándose el precio en sus diversos componentes.

Apreciamos que el aspecto fiscal que genera una relación contractual, no podemos calificarla, estricto sensu, como una obligación connatural al mismo contrato, por cuanto esta se proyecta más allá, es el Estado quien define e impone la carga impositiva que corresponda mediante normas de carácter imperativo.

Igualmente se destaca que no existe posición sólida, definida judicial o contractual mediante la cual la convocada se pueda oponer eficazmente a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, la presente excepción no es de recibo.

14. “3.14- Asunción de responsabilidad de SAMPOL y renuncia a su derecho de contradicción”¹³⁴.

¹³⁴ Ibídem páginas 65 a 66.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Se plantea en el presente aparte que “la responsabilidad civil contractual encuentra su fundamento en el título 12 del libro cuarto del Código Civil, que regula lo atinente al efecto de las obligaciones, a partir del cual se define aquella, en sentido amplio, como la obligación de resarcir el daño sufrido por el acreedor debido al incumplimiento del deudor de obligaciones con origen en el contrato.

Así las cosas, en materia de responsabilidad contractual, la prosperidad de la pretensión indemnizatoria depende, entre otros requisitos, del incumplimiento del demandado de las obligaciones a su cargo derivada de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; requisito que no se cumple en el presente caso, pues la demanda enfoca el supuesto incumplimiento de OHL, principalmente en el reclamo por el pago de unas facturas y por la no devolución de las sumas objeto de retención en garantía, ambas justificadas bajo el contrato, conforme se indicó en contestación de los hechos.

A pesar de la presentación abstracta de esta excepción, el Tribunal se aparta de su argumentación, por cuanto la acción de responsabilidad se endereza en contra del deudor contractual, quien no acredita el pago de las obligaciones a su cargo y cuya exigibilidad se establece de acuerdo con el contrato, y la propia manifestación del demandado, no siendo procedentes las excepciones de compensación legal, ni culpa atribuible al demandante, aspectos que se precisan en cada correspondiente acápite.

No es de recibo el presente argumento.

15. “3.15- Inoponibilidad de los conceptos emitidos por la DIAN”¹³⁵.

La presente excepción resulta incongruente de cara a las pretensiones de la demanda. Como argumento, se plantea que *“los conceptos de la DIAN constituyen un criterio auxiliar de interpretación, siendo vinculante para los funcionarios públicos que los deben aplicar, mientras que para los contribuyentes no lo son, y estos podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en la ley:”*.

¹³⁵ Ibídem página 66.

El Tribunal no encuentra necesario ahondar en el presente tema, por cuanto aprecia que en términos reales no conforma una excepción, limitándose a precisar el alcance de los conceptos de la DIAN, sin encontrar como anteponerlo a las pretensiones de la demanda, y que más bien debe ser parte de alguna de las excepciones planteadas.

El presente argumento no es de recibo.

16. “3.16-Los conceptos de la DIAN solo son vinculantes para los empleados públicos de la entidad”¹³⁶.

Al presente aparte, le caben los mismos comentarios expresados para ordinal anterior. No es de recibo como excepción.

17. “3.17- La ignorancia de la ley no sirve de excusa”¹³⁷.

“Sampol no puede amparar su conducta incumplida para justificar la violación vulneración de las normas tributarias que además son de orden público.”

La ignorancia de la ley no esgrime por la convocante como un eximente de responsabilidad de un presunto error generado por la liquidación del IVA del contrato.

Resáltese, nuevamente, que las facturas 013 a la 016, generadas por Sampol, y en las cuales se liquidó y cobro el IVA del contrato, fue pagado si objeción alguna por parte de OHL, quien tiene la facultad y la capacidad técnica jurídica para revisar y objetar la liquidación del IVA. No resulta entendible el argumento de atribuir un error a SAMPOL, simplemente asumiendo una posición pasiva ante la obligación de revisar y objetar.

A pesar de lo anterior, la DIAN definió el tema mediante Resolución del trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019), cuando rechazó la solicitud de devolución o compensación

¹³⁶ Ibídem.

¹³⁷ Ibídem página 67.

del IVA efectuada por Sampol. En todo caso, el presente tema ha sido abordado por este Tribunal, cuyas consideraciones para la presente excepción, que, de suyo, no la encuentra procedente.

18. “3.18- Incumplimiento del deber de diligencia”¹³⁸.

El presente acápite, igualmente parte del presupuesto de la indebida liquidación y cobro del IVA del contrato por parte de Sampol.

Damos alcance a las consideraciones efectuadas por el Tribunal para casos análogos, las que se aprecian suficientes para desechar el presente argumento.

19. “3.19- Obligación tributaria es de resultado”¹³⁹.

Se plantea el argumento sobre la base que la liquidación y cobro del IVA del contrato, constituye una obligación de resultado de cargo de Sampol.

Al igual que en el caso anterior, damos alcance a las consideraciones llevadas a cabo por este Tribunal para casos análogos, a los cuales nos remitimos, para en ese orden desechar el presente cargo.

20. “3.20- Carácter ex lege de la obligación de tributación incumplida por SAMPOL no admite interpretaciones”¹⁴⁰.

En el presente evento, nuevamente se repite el argumento de la defensa. La ley tributaria es de obligatorio acatamiento para Sampol. Concluye que hay un incumplimiento de Sampol de sus obligaciones tributarias al modificar la base gravable del contrato.

¹³⁸ Ibídem páginas 67 y 68.

¹³⁹ Ibídem 68.

¹⁴⁰ Ibídem 68 y 69.

Como en los dos casos anteriores, debe el Tribunal, para no ser tan repetitivo, acogerse a las consideraciones efectuadas para casos análogos en este título de excepciones. En ese orden, aprecia infundado el presente argumento.

21. “3.21- Cobro de lo no debido”¹⁴¹.

La presente excepción se construye *“fundada en que Sampol facturó valores no debidos bajo el contrato, como corresponde al IVA liquidado a una base gravable no aplicable, que devino en un cobro de lo no debido, que le impone la carga de restituir a su contratante el mayor valor facturado, sin posibilidad de trasladarle la carga de los pagos efectuados a la DIAN, pues el único sujeto al que se dirige la obligación tributario y sus efectos es el contribuyente, en este caso SAMPOL, lo que descarta la posibilidad de sustituir, ceder o trasladar sus obligaciones con el Fisco, por ausencia de fuente legal para ello. De imponerse esa consecuencia de derecho, procede la compensación de pagos entre las partes.”*.

El argumento expuesto de manera reiterativa se contrae simplemente a que Sampol liquidó y cobró un IVA superior al que, en su sentir, realmente corresponde, constituyendo el cobro de lo no debido, y con esas sumas cobradas demás plantea una compensación, respecto de las sumas contenidas en las facturas 24 y 25, generadas por Sampol. La figura de la compensación se plantea como la excepción 3.30, de la contestación de la demanda, la cual se analizará posteriormente. No obstante, es de resaltar que, en su sentir, la convocada plantea la mayor suma de dinero liquidada y cobrada como si fuese tal suma para Sampol, lo cual no corresponde a la realidad. La liquidación y cobro la hizo Sampol en cuatro facturas respecto de las cuales OHL no objetó, no rechazó, procediendo a su pago. No obstante, el sentido de la presente defensa, cobro de lo debido, no puede ser procedente por cuanto el valor liquidado y pagado es respecto del Estado, no de Sampol. Ello no impone una relación contractual, bajo la premisa planteada. En gracia de discusión, podría plantearse como un perjuicio irrogado por una parte a otra, situación no definida legal ni contractualmente. En todo caso, la presente excepción no es de recibo.

¹⁴¹ Ibídem 69.

22. “3.22 Eficacia obligatoria del pacto”¹⁴².

El presente argumento, igualmente es repetitivo, el cual se pretende oponer a la solicitud de la demanda que busca se declare la existencia de obligaciones de cargo de OHL, y su consecuente condena.

Lo anterior, por cuanto en su sentir, Sampol incurrió en error al liquidar y cobrar el IVA del contrato, cuyo mayor valor pagado a la DIAN, lo atribuye a un mayor valor pagado a Sampol, para deducir un pago.

Para el presente caso, nos remitimos a las consideraciones expuestas en el ordinal 3.1. Lo anterior es suficiente para desestimar la presente excepción.

23. “3.23-Obligación de pago sujeta a condición”¹⁴³.

El argumento planteado se funda en que “de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil que dispone: *“La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho.”*. Teniendo en cuenta que las partes del contrato sub judice sujetaron el nacimiento de la obligación de pago a la presentación correcta de las facturas, expresando en sus cifras y conceptos el régimen tributario pertinente, en conjunto con sus soportes, OHL no estaba obligada a tramitarlas con inconsistencias y con yerros en los valores del impuesto al IVA; razón por la cual, no nació a cargo de OHL obligación de pago alguna a partir de tales documentos, pues no se dio cumplimiento a la condición fijada en el contrato en el procedimiento de facturación y pago, ni a su corrección. Así lo expresa la cláusula 6.12 del contrato: *“6.12. En caso de que las facturas sean incorrectamente presentadas, el termino para el pago se contará de nuevo desde la recepción de la nueva factura en debida forma.”*. Debe aclararse que la convocada hace referencia al artículo 1546 que se refiere a la condición resolutoria, pero el texto citado corresponde al artículo 1536 que se refiere a la condición suspensiva.

¹⁴² Ibídem 69 y 70

¹⁴³ Ibídem página 70.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

De manera concreta, lo anterior impone que el contrato que nos ocupa debe establecer como acontecimiento futuro, que puede suceder o no, que la liquidación del IVA se lleve a cabo, de acuerdo con el criterio señalado por la convocada. Este hecho, constituiría la condición suspensiva invocada, de manera tal, que la liquidación del IVA, en los términos indicados, puede darse o no a futuro, y que cuando se dé, surge en beneficio de Sampol la obligación para que se le pague lo debido por OHL.

A lo anterior, no le encontramos asidero legal, ni factico alguno.

En primer lugar, de la simple lectura del contrato en interés, el Tribunal aprecia que no consagra la condición suspensiva que invoca la demanda.

De otra parte, olvida el demandado que la obligación condicional en los términos del artículo 1530 del Código Civil., es aquella que depende de una condición, esto es, de *“un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”*, y en los términos del artículo 1536 del Código Civil *“la condición se llama suspensiva, si, mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho; [...]”*.

La naturaleza de la obligación que se somete a condición suspensiva debe permitir la posibilidad de que tal condición pueda o no cumplirse. ¿En el orden lógico de los negocios, del devenir comercial, del tráfico jurídico, nos preguntamos si el pago del precio en los términos del contrato celebrado puede normal y lógicamente someterse a una condición suspensiva? Cuando cumplo con las tareas que me corresponden en el contrato, no tengo propósito distinto al de que se me pague. No puedo concebir la idea de que la condición no suceda y no reciba pago, cuando he cumplido con las prestaciones a mi cargo. Contraria el desarrollo del tráfico mercantil.

Ahora, ¿La liquidación y pago del IVA, respecto del mismo contrato puede integrar o constituir una condición suspensiva? La causación y regulación integral de ese hecho impositivo lo establece la ley, y no puede constituir un simple hecho futuro e incierto.

Claramente no. La naturaleza de tales obligaciones no hace posible constituir las en una condición suspensiva.

Incluso, revisando los diferentes ordinales que integran la Cláusula sexta del contrato, fácilmente se advierte que allí no se configura una condición suspensiva. Los pagos deben efectuarse sobre fase cumplida, para lo cual el contratista debe adjuntar a la correspondiente factura los documentos enlistados en la misma cláusula sexta. La obligación de pago a cargo del contratante existe desde el nacimiento mismo del contrato, y así mismo el derecho a favor del contratista de recibir el pago del precio nació con la celebración del contrato y no se sujetó a ninguna condición.

Otra cosa resulta que el pago propiamente dicho se encuentra sometido a un trámite, el cual, por el objeto propio de este, deben surtir algunos requisitos.

El pago no se encuentra sujeto a hecho o hechos futuros que puedan cumplirse o no.

Lo anterior es suficiente para desestimar la presente pretensión.

24. “3.24- Obligación de pago no es exigible”¹⁴⁴.

El presente aparte se fundamenta así: *“En línea con la anterior, esta excepción procede de conformidad con los preceptos del artículo 1542 del C.C. que dispone: “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente” (Subraya propia). Este mandato acompañado de la premisa legal que dispone que “La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes” (Art. 1549 C. C.), impone que Sampol debía haber acreditado el cumplimiento de todas las obligaciones y requisitos pactados bajo el contrato a su cargo, para que a su vez, también procediera su exigibilidad.*

¹⁴⁴ Ibídem

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Dado que Sampol no acreditó las obligaciones vinculadas al pago de la nómina de su personal, ni aportó la certificación emitida por el revisor fiscal o representante legal con el detalle correspondiente -obligaciones pendientes de pago con los proveedores relacionados con la ejecución del contrato y su antigüedad, como tampoco la copia del acta mensual de pago sobre la respectiva fase para pago- se concluye que los valores consignados en las facturas 024 y 025 no son exigibles.”.

Al igual que la excepción esgrimida en el ordinal 3.23 anterior, la convocada parte del presupuesto de que el pago del precio se encuentra sujeto a una condición suspensiva que consagra en su sentir la cláusula sexta del contrato. Dada la naturaleza de la condición invocada, y la naturaleza y objetivo propio del contrato, el Tribunal concluyó que la obligación del pago del precio no está sujeto a condición suspensiva.

Ahora bien, y a pesar de lo anterior, resultan exigibles o no las obligaciones consignadas en las facturas 024 y 025, como cuestiona el convocante, ¿por cuánto en su sentir no se acompañaron a las facturas la información y requisitos exigidos por la cláusula sexta?

Es de observar que las facturas 024¹⁴⁵ y 025¹⁴⁶, generadas por Sampol a OHL, tienen como fecha de creación el tres (3) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Por las comunicaciones de la época, que obran en el proceso, las partes se distanciaron, tomando posiciones divergentes, respecto de la base de liquidación, la liquidación misma y el cobro del IVA del contrato. De tal manera, se interrumpió el normal discurrir de la conclusión del contrato. No fue posible que las partes pudieran arreglar sus diferencias de manera directa. Esta circunstancia, motivó que la controversia existente, se trajera ante un Tribunal de arbitramento.

Mediante una extensa comunicación, calendada el veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017)¹⁴⁷, José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de OHL, dirigida al representante legal de Sampol Colombiana SAS, de una parte, precisa: “A

¹⁴⁵ Folio 62 Cuaderno de Pruebas.

¹⁴⁶ Folio 63 Cuaderno de Pruebas.

¹⁴⁷ Folios 47 a 51 Cuaderno de Pruebas.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

la fecha de la presente, las obras objeto del contrato se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra a cargo de OHL y para la cual fue contratado Sampol.”.

De otra parte, hace un extenso recuento de su posición ante la naturaleza del contrato, así como respecto de la base de liquidación y liquidación y cobro del IVA de este.

Ante el distanciamiento existente entre las partes, no es posible atender de manera estricta el formalismo para el pago de las facturas 024 y 025. Sin embargo, tenemos la expresa manifestación de OHL, en torno al recibo a satisfacción de las obras de cargo de Sampol, que las suple, por cuanto esta situación no puede extenderse en el tiempo sin solución alguna.

En los anteriores términos, aprecia el Tribunal que las obligaciones de que tratan las facturas antes identificadas, si son exigibles. No obstante, al momento de revisar las correspondientes pretensiones, se efectuarán otras precisiones.

Así las cosas, la excepción aquí planteada, no es de recibo.

25. “3.25- Prohibición de venir contra sus propios actos”¹⁴⁸

La presente excepción se apoya con el siguiente argumento: *“La locución latina “venire contra factum proprium non valet”, consiste en el reproche que el ordenamiento jurídico hace a un sujeto que, habiendo emitido manifestaciones con relevancia en el tráfico jurídico, las desconoce posteriormente a través de actos contrarios a sus expresiones iniciales, rompiendo de esta forma el principio de buena fe con el que se confeccionan las relaciones negociales.*

Esta prohibición ha sido quebrantada por Sampol, en la medida que, en noviembre de 2017 remitió con destino a Aerocali comunicación en la que puso de presente el régimen de responsabilidad de su contrato con OHL, indicando con claridad que este correspondía a un contrato de “construcción de edificios con precio único” conforme al artículo 2060 del

¹⁴⁸ Página 71 de la contestación de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

C.C., por lo que es evidente que una posición era la que sostenía ante OHL, y otra la informada a Aerocali, rompiendo esta máxima del derecho que le reclama un comportamiento consistente al asumido, y no uno ilegítimamente conveniente.”.

De la minuciosa lectura de la comunicación del siete (7) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)¹⁴⁹, este Tribunal claramente infiere que el argumento planteado por la convocada no es cierto.

Esta doctrina, incorporada al principio de la buena fe, por la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, entre otras las sentencias C-865 de 2004¹⁵⁰ y C-207 de 2019, impone el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad y la credibilidad de la administración pública, tema igualmente predicable para el derecho privado, circunstancia que, de contera atenta contra el tráfico jurídico en general, en la medida que genera inestabilidad e inseguridad jurídica.

En todo caso, la doctrina de “ir contra acto propio”, debe quedar plena y debidamente demostrada, por cuanto es de general conocimiento que la buena fe se presume.

De conformidad con lo anterior, debemos declarar infundada la presente excepción.

26. “3.26- Conducta abusiva en materia tributaria”¹⁵¹.

Se reitera aquí, el ya conocido argumento de OHL, de la indebida liquidación y cobro del IVA, por parte de Sampol, en las facturas 013, 14, 015 y 16 de distintas fechas, pero del año 2017. Como se ha repetido, estas facturas fueron pagadas por OHL, sin objeción alguna.

¹⁴⁹ Cuaderno digital de pruebas/carpeta denominada “2. PRUEBAS CONTESTACION DEMANDA 22042020”/archivo “16. comunicación de noviembre de 2017 remitida por sampol a aerocali”

¹⁵⁰ En Sentencia C-865/04 la Corte señala: “Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que, al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.”

¹⁵¹ Páginas 71 y 72 Contestación de la demanda.

Sobre este particular ya hemos tenido la oportunidad de revisar de manera detenida el presente tema, por lo cual no vemos necesario revisarlo nuevamente.

Acogiendo la posición del Tribunal en torno a la presunta liquidación y cobro del IVA del contrato, declaramos infundada la presente excepción.

27. “3.27- No renuncia a sus derechos”¹⁵².

Se trae como argumento con el objeto de conformar una defensa, que *“habiendo sido incumplida la obligación de resultado a cargo de Sampol de facturar conforme al régimen tributario del contrato, y cuyo efecto condujo a que OHL le pagara a Sampol más de mil millones de pesos en exceso por concepto de IVA, OHL no está compelido a devolver o renunciar a sus garantías, pues justamente estas sumas están en la actualidad cumpliendo se función contractual de cara al incumplimiento de Sampol que a la fecha persiste.”*.

Se repite en múltiples casos el mismo argumento.

En los términos del párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, la garantía que se constituyó tiene por finalidad, *“asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.”*

Los argumentos que ha expuesto el Tribunal, para el mismo hecho, cuando se opone a las obligaciones de cargo de OHL, por saldo de obra y suministro de materiales pendientes de pago, son igualmente predicables para el presente caso, y de contera procede desechar el cargo.

28. “3.28- Imposibilidad jurídica y moral para que OHL asuma las consecuencias adversas de la indebida aplicación del régimen tributario”¹⁵³.

¹⁵² Ibídem 72.

¹⁵³ Ibídem páginas 72 y 73.

El argumento que aquí se trae, nuevamente hace relación al presunto incumplimiento de Sampol en la liquidación y cobro del IVA del contrato.

Este asunto ha sido revisado por el Tribunal al tratar casos análogos, por tanto, no encuentra apropiado nuevamente repetir el tema. De tal forma, sus consideraciones se traen al presente caso, y en consecuencia declara no fundada esta excepción.

29. “3.29- Inexistencia de mora a cargo de OHL”¹⁵⁴.

Se edifica la presente excepción en que respecto de *“la mora pretendida por el convocante, el artículo 1608 del Código Civil establece que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, siendo entonces, presupuesto indispensable que la obligación no se haya cumplido en el plazo pactado. Por tal razón, al ser inexistente el incumplimiento de OHL, tanto en su obligación de pago del saldo del contrato, como la devolución de la retengarantía no es posible que tenga cabida el instituto de la mora.*

Adicionalmente, el artículo 1609 indica que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y en los tiempos debidos, por lo tanto, el hecho que Sampol no haya cumplido con su obligación de facturar en debida forma – con el valor real debido- no es posible que jurídicamente que proceda la pretensión de mora sobre el valor dejado de facturar.

Respecto del valor dejado de devolver por retengarantía, al existir justificación legal y contractual para retener dichos valores, tampoco se está ante una obligación incumplida, en tanto, no se ha expedido el acta de recibo definitivo de las obras y Sampol, no ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones frente a OHL; razón por la cual OHL se encuentra en ejercicio de sus derechos bajo el contrato.”.

¹⁵⁴ Ibídem

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Revisemos el tema: En primer lugar, debemos resaltar que la cláusula sexta del contrato celebrado entre las partes regula la forma de pago de las contraprestaciones de cargo del Contratante. En su ordinal 6.7, se establece que *“vencidos los 3 días hábiles para la revisión de los documentos soporte y en caso de que el contratante estuviere de acuerdo con los mismos, el Contratante procederá a realizar el pago correspondiente dentro de los 60 días hábiles siguientes a la aprobación de los documentos soporte por parte del contratante. Si el acuerdo fuere parcial, el contratante pagará las sumas no cuestionadas.”*¹⁵⁵

En comunicación de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017)¹⁵⁶, suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de OHL, dirigida a Sampol Colombia SAS, en la parte inicial de la misma manifiesta que *“a la fecha de la presente, las obras objeto del contrato se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra de OHL y para la cual fue contratado Sampol.”*

En la misma comunicación, así como en otras, de manera reiterada se advierte la divergencia entre las partes en torno a la liquidación del IVA del contrato. Sampol, calificando el contrato como de suministro, opta por el régimen general del 19%. OHL, partiendo de la base de que el contrato es de obra material, es del parecer de aplicar en tal liquidación, el régimen especial.

Ahora bien, en las facturas¹⁵⁷ 013, del siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017); 014, del primero (1) de marzo de dos mil diecisiete (2017); la 15, del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) y la 016 del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017), generadas por Sampol, se liquidó y cobró el IVA correspondiente al régimen general y sobre la totalidad de lo facturado. Tales facturas fueron pagadas por OHL, SAS, sin objeción alguna.

Obra en el plenario, copia del expediente administrativo VG 2019 001751¹⁵⁸, de la DIAN, contentivo de las diversas piezas surtidas en el trámite de solicitud de devolución o

¹⁵⁵ Página 12 Contrato de Obra.

¹⁵⁶ Folios 47 a 51 Cuaderno de Pruebas.

¹⁵⁷ Folios 40 a 44 Cuaderno de Pruebas.

¹⁵⁸ Cuaderno digital de pruebas/carpeta denominada/10. COPIA EXPEDIENTE DIAN

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

compensación iniciado por SAMPOL. Al decir de Sampol, este trámite se adelantó con el objeto de dirimir la divergencia presentada entre las partes.

La anterior situación se definió mediante Resolución DIAN, numero 2017 2019 2299, del trece (13) de junio de 2019, rechazándose la solicitud presentada y lo sustentado en el concepto emitido el doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el cual también obra en el presente proceso.

En síntesis, la DIAN tomó posición sobre el particular, al aplicar el régimen general, al caso concreto que nos ocupa.

Dentro del anterior marco de referencia debe establecerse si las obligaciones que constan en las facturas 24, del tres (3) de octubre de dos mil diecisiete (2017) y la 25 de la misma fecha, existen y son exigibles. Las partes, per se no desconocen la existencia de las facturas aludidas. Como no hay constancia de pago dentro del proceso, forzosamente debemos concluir que las mismas no han sido satisfechas. Para la exigibilidad de estas, debemos precisar la fecha de las facturas; la fecha de la correspondiente acta de liquidación parcial y los términos expuestos por la cláusula sexta del contrato. El acta de liquidación es claro que las partes no la firmaron teniendo en cuenta las divergencias, existentes entre las mismas, pero existen otras pruebas en el proceso, que permiten deducir claramente que la contratista cumplió con sus obligaciones, como más adelante se analizará. Por lo tanto, no es dable apreciar que tal pago se proyecte sin solución en el tiempo. De tal manera, resulta justo manifestar que cumplidos estrictamente los demás requisitos y no existiendo acuerdo entre las partes para firmar tal acta, sea procedente el pago de tales obligaciones.

Verificado el caudal probatorio no se encuentra, como se dijo anteriormente, que el acta de liquidación de los trabajos facturados haya sido firmada, pero si se encuentra acreditado el borrador del acta de liquidación del contrato que fue remitido por la convocada mediante comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., y dirigida a Sampol Colombia S.A.S., en el cual en el numeral 4 se manifiesta “Que las actividades objeto del contrato fueron ejecutadas dentro del plazo

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

pactado y recibidas a satisfacción por la supervisión y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS”.

Como se había manifestado anteriormente, durante la práctica de la inspección judicial decretada a la pista del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón, que se realizó el dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020), con el acompañamiento de funcionarios de la concesionaria del aeropuerto Aerocali S.A., el Tribunal pudo constatar directamente la ejecución de las obras objeto del contrato celebrado entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Sampol Colombia SAS, y en ningún momento durante la práctica de esta diligencia el apoderado de la convocada, quien había solicitado la prueba, manifestó su inconformidad con la ejecución del contrato, ni adujo el incumplimiento del mismo por parte de la convocante.

En ese orden de ideas, para el Tribunal existe una manifestación inequívoca por parte de la Convocada de haber recibido a satisfacción el trabajo contratado a la Convocante Sampol, y por lo tanto Sampol podía facturar el precio acordado y OHL debía pagar las facturas respectivas, todo lo anterior en los términos de la cláusula sexta del Contrato. Lo cual se profundizará al revisar las pretensiones correspondientes.

En cuanto a los valores correspondientes a la devolución de la retención en garantía, no existe prueba que señale su devolución, lo que hace necesario tener en cuenta el parágrafo primero, de la cláusula sexta del contrato que nos ocupa, para su exigibilidad, aspectos que detenidamente revisaremos cuando abordemos el estudio de tal pretensión.

En los anteriores términos, se desestima la presente excepción.

30. “3.30- Compensación”¹⁵⁹.

La presente excepción se apoya en el presente argumento: *“En caso de que se considere exigible a cargo de OHL la obligación de pagar los saldos indicados en la factura 24 y 25 -*

¹⁵⁹ Página 73 Contestación de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

quod non-, el H. Tribunal habrá de aplicar la figura de la Compensación contra las sumas que SAMPOL no ha devuelto a OHL producto del incumplimiento de la Convocante en aplicar el régimen tributario que corresponde al contrato, conforme a los preceptos del artículo 1714 del C.C.”.

Sobre el presente particular el Tribunal debe precisar: En primer lugar, el mecanismo de pago de obligaciones invocado procede “cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

El artículo 1715 del mismo Código Civil señala que *“la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnan las calidades siguientes: 1- Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2- Que ambas deudas sean líquidas, y 3- Que ambas sean actualmente exigibles.*

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”.

La revisión del presente tema advierte que la presunta obligación que atribuye OHL a Sampol, no es líquida y no es actualmente exigible, calidades indispensables para que proceda la compensación.

La demandada, ha reiterado a lo largo del trámite arbitral, que la demandante se equivocó en la liquidación del IVA aplicable al contrato celebrado entre ellas, y que, por tanto, el mayor valor que debió pagar por culpa de Sampol, se le debe reembolsar.

No obstante, no existe definición contractual o judicial que precise la existencia de tal obligación, su cuantía y su exigibilidad. La simple y unilateral manifestación de un presunto acreedor, per se, no impone que la obligación exista, que precise un monto determinado o determinable, y que sea exigible.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

“Una obligación es líquida cuando es cierta en cuanto a su existencia y a su cuantía.

Las obligaciones deben ser ciertas en cuanto a su existencia. No es líquida, por este motivo, la obligación discutida, como la de indemnizar los perjuicios derivados de un delito o cuasidelito, que se debate judicialmente.

Pero no es bastante que la existencia de la obligación conste fehacientemente; es preciso que sea también cierto su monto. No es líquida la obligación de indemnizar perjuicios, reconocida en una sentencia judicial, que reserve la discusión del monto de los perjuicios para la ejecución del fallo o para un juicio posterior.

Es también líquida la obligación liquidable, esto es, la que fácilmente puede liquidarse, mediante simples operaciones aritméticas. Tal es el caso de la obligación de A de pagar a B \$500 con el interés del 10% anual, porque una sencilla operación aritmética permite conocer su exacta cuantía.

Se comprende que la compensación legal no pueda operar si ambas obligaciones no son liquidas. Por ella se extinguen obligaciones mutuas, hasta concurrencia de la menor y, en consecuencia, es indispensable conocer sus respectivos valores, para establecer hasta qué punto se extinguen o subsisten.” (Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil, De Las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, 1974, Chile, página 382)

No reuniéndose los requisitos, exigidos por el artículo 1715 antes transcrito, la excepción que nos ocupa esta llamada al fracaso.

31. “3.31- Improcedencia de una pretensión de condena sin declaración previa – inexistencia de pacto arbitral sobre la misma”¹⁶⁰.

Afirma la convocada en la contestación de la demanda que *“la pretensión 4.5 no tiene base en ninguna pretensión declarativa planteada bajo este proceso; observará el Tribunal que SAMPOL pasa por alto, a través de una pretensión de condena directa, la necesaria declaración previa que determine la existencia de un derecho, para ahí si derivar una condena. Por lo anterior es inviable acceder a una pretensión de condena sobre la base de un derecho no definido; se trata de una confusión en línea de la teoría general del proceso,*

¹⁶⁰ Página 74 Contestación de la demanda.

toda vez que se estaría buscando una condena, sin la certeza previa de la existencia del supuesto derecho.

Se añade a lo anterior que, en todo caso, esta pretensión al tener por núcleo una pretensión no hagan de carácter tributario, así no se diga -obviando la pretensión declarativa que le corresponde- es completamente ajena a OHL, y por lo mismo debe ser excluida de este proceso, pues la cláusula compromisoria no está disponible frente a tal relación jurídica, como tampoco lo es por los sujetos, conflictos y materia a la que se contrae.

El artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 determina que la existencia del pacto arbitral se refiere a un negocio jurídico en el cual las partes acuerdan sustraerse a la jurisdicción ordinaria para someter los asuntos que se originen de las controversias que surjan entre ellos, a los árbitros; pero el mismo no se extiende a los asuntos que de manera autónoma y en una relación jurídica diferente, como en este caso, 'no hagan parte del mencionado pacto.'"

La presente excepción resulta procedente, en la medida que la pretensión de condena señalada, esto es la 4.5, no constituye un derecho sólido y concreto que determine una obligación líquida y exigible de cargo de la demandada.

32. "3.32- Buena Fe del contratante"¹⁶¹.

Bajo la premisa de la presunción de buena fe, como principio constitucional, y no existiendo pretensión que solicite la mala fe de la convocada y contratante, Construcciones Colombianas OHL SAS, no le encontramos sentido a la presente defensa, por cuanto la misma resulta simplemente inútil.

33. "3.33- Contrato back to back- causa contractual y ley para las partes"¹⁶².

La presente excepción se apoya en el siguiente predicamento: *"El contrato celebrado, materia de este arbitraje, es contrato espejo. De esta manera las partes sabían, consideraron y acordaron que se trataba de un contrato de obra, como derivación directa*

¹⁶¹ Ibídem.

¹⁶² Ibídem.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

del suscrito entre Aerocali y OHL en enero de 2016, y por ende imperaría el régimen legal impositivo aplicable, sin posibilidad que ahora Sampol, de manera aislada frente a OHL, pretenda eludir la responsabilidad que le compete, ante la dejación o ejercicio imperfecto de sus derechos ante la administración Tributaria.

El contrato principal -suscrito con OHL con Aerocali, fue la causa y la base para la suscripción del contrato de obra, puesto que este título desde un inicio fue estructurado como un subcontrato de aquel, al respecto, se observa como el clausulado de ambos contratos ofrece claridad indiscutible respecto de la naturaleza del contrato, su valor, forma de pago y forma de facturación, [...]”.

Sobre el presente particular el Tribunal debe resaltar que el contrato celebrado entre las partes, si bien deviene y encuentra causa en el contrato celebrado entre OHL y Aerocali, por calificar como una subcontratación de aquel, ello no impone de manera estricta, que la totalidad de los términos y condiciones del uno, sean exactamente los del otro. El precio y forma de pago, por ejemplo, pueden variar, igualmente los AIU pueden ser diferentes.

Como nos encontramos ante una subcontratación meramente parcial, en el contrato inicial se encuentra el grueso de los elementos y materias que conforman el objeto de ese primer contrato.

Esa conexidad contractual, no establece una identidad de términos y condiciones. Otra cosa sería si el mecanismo empleado hubiese sido el de la cesión. No obstante, tal relación de conexidad puede jugar un importante papel en la interpretación que deba efectuarse del segundo contrato. Sin embargo, para tal circunstancia debemos atenernos al contenido de la cláusula veinticinco del contrato fundamento del presente trámite, que como ya se ha mencionado consagra límites para la interpretación y alcance del mismo.

La presente defensa se les antepone a las excepciones presentadas, teniendo como fundamento en que el contrato celebrado entre las partes es de obra, cuando no existe pretensión que solicite la calificación de ese contrato, estableciéndose una incongruencia entre lo que se pide o pretende y la defensa planteada para ello.

En los anteriores términos, esta excepción no es de recibo.

34. “3.34- Ausencia de fuente legal que admita que OHL debe asumir las consecuencias adversas de un cobro indebido del IVA o una determinación imperfecta de la base gravable”¹⁶³.

La presente excepción se edifica sobre las siguientes bases: *“Teniendo en cuenta el régimen legal del IVA, el responsable del cobro, pago y declaración del impuesto al valor agregado es el sujeto pasivo -quien vende bienes o presta servicios gravados. Bajo la relación jurídica surgida entre OHL y SAMPOL, es claro que, OHL contrató la prestación de unos servicios gravados con IVA, por tanto, su única obligación consiste en realizar el pago por el valor del Impuesto- bajo el principio de legalidad tributaria.*

Más allá de la obligación de asumir económicamente el pago del IVA, como consumidor final, la ley no le impone ninguna otra obligación en relación con el impuesto, en tanto, el responsable ante el Estado es directamente el prestador del servicio, es decir, SAMPOL, a quien la administración si puede iniciar todas las acciones de fiscalización, liquidación y cobro derivados de una determinación del impuesto indebida, o una determinación imperfecta de la base gravable, como único responsable por la liquidación, cobro y pago de dicho impuesto ante la Administración Tributaria.

Estas obligaciones, al estar contenidas en normas de orden público, no pueden ser modificadas ni siquiera por convención entre las partes, y por ende frente al Estado no pueden ser asumidas por personas distintas a las dispuestas en la ley; por ello, ni en virtud del contrato, se puede pretender que OHL, responda por consecuencias que la ley determina quien es el responsable directo frente al Estado, que en este caso es SAMPOL. En consecuencia, al no existir una norma legal que imponga una obligación adicional a cargo del consumidor -sujeto pasivo económico, no es posible endilgar responsabilidad por las consecuencias adversas derivadas por un cobro indebido del IVA por la liquidación imperfecta de la base gravable.”.

¹⁶³ Ibídem página 78

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Aquí, nuevamente la convocada le atribuye responsabilidad a la convocante por cuanto liquidó y cobro el IVA del contrato, en su sentir, de manera equivocada. La base gravable la tomó sobre la totalidad de cada factura, aplicando el régimen general y no el especial. Igualmente se equivocó, al tomar una tasa del 19%, y no del 16%.

No obstante, OHL revisó y pagó las facturas que le fueron presentadas, teniendo la facultad y la capacidad de rechazarlas. (facturas 013, 014, 015 y 016 de 2017)

De otra parte, la DIAN, y para el caso concreto, mediante Resolución de Rechazo Definitivo DI201720192299 de fecha trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)¹⁶⁴, rechazó la solicitud de devolución o compensación de IVA presentada por la parte aquí demandante, adoptando el régimen general para liquidar tal como se ha repetido a lo largo de este documento.

Los diferentes argumentos que se plantean en el presente acápite han sido abordados para su revisión por este Tribunal en otros temas análogos, dentro del presente título de excepciones, los cuales deben tenerse en cuenta para el presente caso y a ellos nos remitimos, y en consecuencia declaramos infundada la presente excepción.

35. “3.35- El error no es fuente de derecho”¹⁶⁵.

“Esta máxima del derecho tiene por finalidad impedir que la creencia equivocada de un sujeto, acerca de la legalidad de su actuar, le sirva para justificar el quebranto de la ley y así derivar consecuencias jurídicas a su favor.

Considerando que esta premisa legal es una regla en el ordenamiento jurídica que solo tiene, por lo general, excepción en el error común o error comunis, el H. Tribunal habrá de declarar que la conducta de SAMPOL no está amparada por este último instituto, comoquiera que, por una parte, SAMPOL tiene la calificación de profesional experto en las obras que contrató con OHL, así que no puede desconocer la naturaleza del contrato de

¹⁶⁴ Visible a folio 83 del Cuaderno de Pruebas.

¹⁶⁵ Ibídem página 79

obra suscrito para desatender el régimen Tributario que le corresponde; y de otra parte, como lo señala la jurisprudencia, para su reconocimiento como fuente de derechos, exige que el error sea “invencible”, queriendo significar con ello que, además de ser común a muchos, hasta el más prudente de los hombres habría podido cometerlo, lo que evidentemente no es compatible con la conducta de SAMPOL, dada su falta de diligencia en materia Tributaria desde el inicio del contrato.”.

Resulta desatinado el argumento, por cuanto las pretensiones de la demanda se encuentran fundadas en el mismo contrato, no en el presunto error que señala la demandada cometió o incurrió la convocante cuando liquidó y cobró el IVA del contrato. Se plantea de manera general para las pretensiones, las que se repite, se fundan en el clausulado del contrato, salvo la pretensión 4.5, que parte de otro presupuesto, el que se revisa en su momento, y que en términos estrictos no aborda esta excepción. El punto es que la convocante solicita el pago del valor de la sanción impuesta por la Dian a Sampol, dada la inexactitud en la presentación de la liquidación del IVA, circunstancia que arranca con la liquidación y cobro inicial del IVA. No obstante, lo anterior se solicita como una pretensión de condena, sin que se pueda apreciar una solidez, una concreción legal o judicial en cuanto a su existencia y cuantía, de manera tal que pueda calificarse como una obligación líquida.

Atendiendo los argumentos expuestos en el aparte 3.1 y siguientes del presente título, y la anterior reflexión, la presente excepción no prospera.

36. “3.36- Culpa de SAMPOL”¹⁶⁶.

Se erige la presente defensa en que *“reclama el actor bajo la demanda un incumplimiento en los pagos que postula como debidos, pero ignora que ese incumplimiento se funda en su propio actuar, al pretender hacer el cobro de unos servicios acompañado de valores que por impuestos no resultan aplicables conforme a la ley, la naturaleza de las cosas, y el objeto del contrato y su carácter espejo de la relación jurídica que la precede.*

¹⁶⁶ Ibídem

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Este tipo de conductas, como la desplegada por Sampol, son descartadas del ordenamiento jurídico como fuente de responsabilidad, bajo el principio de derecho que establece que “nadie puede alegar en su favor su propia culpa”. A partir de esta figura, no es admisible que el Convocante pretenda una declaratoria de incumplimiento en contra de OHL, cuando él es el responsable de actuar en forma diligente al momento de calcular la base gravable del IVA, en conjunto con su desinterés y descuido en avanzar en la actuación administrativa adelantada ante la DIAN al renunciar a sus recursos. Lo anterior confirma la ruptura de un juicio de responsabilidad contra OHL al renunciar a sus recursos. Lo anterior, confirma la ruptura de un juicio de responsabilidad contra OHL, en sede de culpabilidad contractual.”.

En el presente caso, se aprecian dos circunstancias que marchan paralelas y que son bien definidas, diferentes. De una parte, tenemos la obligación de cargo de OHL, de acuerdo con la cláusula novena, ordinal 9.3, correspondiente a pagar al contratista, es decir a Sampol, la suma pactada en el contrato, en consonancia con las cláusula sexta del mismo contrato celebrado entre las partes. De otro lado, resulta la culpa o no, el error o no, del contratista al liquidar el IVA correspondiente a los pagos facturados, e invocados. Esa presunta culpa o no, error o no, del contratista, que se invoca, no es dable oponerla, per se, a las pretensiones de la demanda, en especial a la existencia de una obligación dineraria de su cargo. Es un lineamiento que se advierte en muchas excepciones. Oponer una culpa o un error que le atribuyen a la actora, en una actividad colateral a las obligaciones propias del contrato, a las pretensiones de la demanda.

Otra cosa resulta que, a la obligación dineraria, cuyo pago se exige en el presente trámite arbitral se le oponga la excepción de compensación, circunstancia que se revisó, estudió y resolvió en el acápite 3.30 anterior.

En todo caso, a todas las excepciones que se construyen sobre una posible compensación de las obligaciones dinerarias cuyo pago pretende la actora, les son aplicables las consideraciones del Tribunal que esgrimió para despachar la excepción de Compensación revisada en el numeral 3.30 anterior.

Igualmente debemos tener en cuenta los razonamientos expuestos en el aparte 3.1 y siguientes de este título de excepciones.

En tales términos, la presente excepción no es de recibo.

“3.37- Incumplimiento de SAMPOL”¹⁶⁷.

Se apoya la presente excepción en el siguiente argumento: *“Vinculados a la excepción precedente, pero con entidad propia, es claro que Sampol no tiene acción que reclamar el pago de una obligación que estima incumplida si, a su vez, el pago reclamado se funda en una conducta contraria al contrato, al pretender cobrar valores que no corresponden, no solo en su cuantía, sino bajo especificaciones tributarias, de base gravable y tarifa que no corresponden.”.*

Le caben al presente argumento las observaciones planteadas para la excepción estrictamente anterior, para la excepción del numeral 3.29 referente a la “Inexistencia de mora a cargo de OHL”, y las señaladas en el aparte 3.1 y siguientes del título de excepciones, e igualmente no es de recibo para este Tribunal.

38. “3.38- Independencia de la relación contractual y la relación de SAMPOL como responsable del IVA”¹⁶⁸

Se establece como fundamento que *“bajo criterio de autoridad SAMPOL quiere trasladar los efectos de su actuar ante la administración tributaria, como sujeto pasivo del IVA, para reclamar en sede arbitral los efectos adversos que de ese régimen derivan, desfigurando la relación jurídica contractual que lo vincula con OHL para justificar tal actuación.*

Esa pretensión termina por enderezar los efectos adversos de su obrar ante la administración tributaria, a los derechos de OHL, bajo el contrato, desconociendo el régimen jurídico que sobre los derechos y obligaciones que pactaron las partes.”

¹⁶⁷ Ibídem página 80

¹⁶⁸ Ibídem

El presente argumento se repite bajo diversos títulos. Resulta predicable los razonamientos expuestos en el acápite 3.1.

39. “3.39- OHL se ha allanado a cumplir el contrato”¹⁶⁹.

Fundamento expresado: *“Como se relata al dar respuesta a los hechos, OHL ha estado dispuesto a cumplir el contrato, sin oponer manifestación contraria a la realidad de las cosas, los pactos en él incorporados y los antecedentes jurídicos de la relación hoy debatida.”*

De la simple lectura de las comunicaciones cruzadas entre las partes, y el planteamiento anterior, no resulta clara la anterior aseveración. En el contexto del contrato, las partes sostuvieron una posición antagónica, la cual precisamente las condujo al presente trámite arbitral. En términos estrictos esta manifestación no conforma una excepción.

El presente argumento no es de recibo.

40. “3.40-Abandono voluntario de sus derechos”¹⁷⁰.

El fundamento expuesto para la esta defensa es el siguiente: *“Esta excepción esta soportada en el hecho que SAMPOL, para ocultar su actuar, ha querido imponer su interpretación frente a la naturaleza del contrato, la cual, a la luz de la ley, el objeto y marco de obligatoriedad, no admite duda pues se trata de un contrato de obra material.*

Por ello, ante los hechos revelados por SAMPOL, resulta evidente que esa empresa ha hecho todo lo posible porque no se lograra corregir el error cometido al momento de facturar y ha solicitado conceptos en cuyas premisas plantea sus propias interpretaciones respecto de la naturaleza del contrato, en contravía de la ley civil y tributaria.

Así, el hecho de no recurrir ante la DIAN el acto administrativo que en primera instancia le negó la solicitud de devolución, comporta claramente un actuar voluntario, que ha

¹⁶⁹ Ibídem

¹⁷⁰ Ibídem

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

conllevado el abandono de sus derechos de acción para acudir a instancias judiciales y lograr la nulidad de este acto administrativo que impropiamente le negó el derecho a la devolución, prefiriendo reclamar de OHL un mayor valor por concepto de remuneración bajo el contrato de obra ahora debatido.”.

La presente excepción, se torna repetitiva y reitera que el contrato celebrado es de obra y que SAMPOL, al no recurrir el acto administrativo proferido por la DIAN, mediante el cual le niega la devolución de un mayor pago de IVA, hizo una dejación, un abandono de tales derechos. Nada se manifiesta sobre la acción contenciosa, que no es del caso aquí analizar. Lo anterior, partiendo de la base que SAMPOL liquidó erróneamente el IVA aplicable al contrato celebrado entre las partes, circunstancia plasmada en la elaboración y cobro de las facturas números 013, 014, 015 y 016. No obstante, OHL pagó tales facturas, cuando tenía la facultad y la capacidad para revisarlas y rechazarlas si no estaba de acuerdo con su contenido, esto es, para el caso, la liquidación del IVA que se cobraba. Este comportamiento de OHL, esto es pagar el IVA facturado en las cuatro facturas, reforzaría la posición interpretativa de SAMPOL. ¿Ahora bien, esta especial circunstancia a que pretensión la opone la convocada? No queda claro y resulta incongruente.

En todo caso, el Tribunal no encuentra esta excepción de recibo, por tanto, la desestima.

41. “3.41- Actuación contraria a la buena fe debida”¹⁷¹.

Se argumenta para el siguiente tema, que “la demanda y los antecedentes en que se soporta, revelan una actitud contraria al principio de la buena fe envuelto en toda la relación contractual, que privilegia los intereses propios de Sampol, en detrimento de los de su contraparte, solo rompiendo con la relación sinalagmática presente en el contrato.

No cabe duda que para Sampol esta reclamación hace beneficio a sus intereses y no a los de la contratante OHL, pues haciendo un ejercicio matemático es muy posible que para Sampol resulte más beneficioso insistir en aplicar el régimen general del IVA, así no sea el que por ley corresponde; pues y tal como lo declaró Sampol, se puede evidenciar en la

¹⁷¹ Ibídem

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

misma declaración de IVA presentada en el 2017, que el IVA generado -pagado por OHL, fue por valor de \$1.343.397.144, y en efecto SAMPOL solo pagó un valor de “\$523.398.000, es decir, descontó por concepto de IVA pagado relacionado con los bienes y servicios de la obra un valor de \$819.999.144.

Es decir que, este valor descontado genera para el constructor una mayor utilidad, en tanto ese IVA pagado ya estaba incluido en el precio unitario de cada bien o servicio incluido en el presupuesto de obra, tal y como se expresó en la oferta económica presentada por Sampol. Por lo tanto, al determinarse el valor del contrato más IVA, es claro que los valores unitarios ofertados por los bienes y servicios ya incluían el valor del IVA, y por tanto el IVA del contrato, insistimos, debía aplicarse sobre los honorarios del constructor o sobre su utilidad, tal y como lo establece la ley, de lo contrario, al aplicar el IVA sobre el valor total, es lógico que se genere un mayor beneficio económico para Sampol, en detrimento de la utilidad de OHL frente al contrato de EPC.

Se evidencia entonces que Sampol no obra conforme a los cánones de la buena fe al querer imponer su interpretación del contrato, en tanto si el IVA se aplica sobre la utilidad, el IVA descontable se circunscribe solo a los costos o gastos asociados a la generación de esa utilidad, es decir, que el IVA generado por compras o servicios propios de la obra se contabilizaría como un mayor valor del costo o gasto, y no sería un impuesto descontable.”.

Lo anterior, básicamente vuelve a lo mismo, destacando la diferencia de criterio existente entre las partes respecto de la liquidación del IVA del contrato, resaltando el criterio de la demandada.

Ahora bien, como es de general conocimiento la buena fe se presume, como principio constitucional. Es así como, cuando se enrostra la mala fe de una de las partes, debe quedar debidamente probada, circunstancia que brilla por su ausencia.

En ese orden se desestima la presente defensa.

El Tribunal no encuentra argumento válido alguno que impida la presentación de las pretensiones, tal como se hizo. Es evidente que las partes, a pesar de la profesionalidad que se infiere de las mismas, pasaron por alto un tema que generó controversia entre ellas, y que no pudieron resolver. No obstante, tal circunstancia no impide que las pretensiones se hayan planteado como se hizo. Debe resaltarse de manera adicional que la DIAN mediante acto administrativo, asumió una posición la cual solo es discutible ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En síntesis, el Tribunal desestima la presente excepción.

C. ASPECTOS ESPECÍFICOS: DE LAS PRETENSIONES

Pasa el Tribunal a analizar las Pretensiones de la Demanda, para lo cual procederá a evacuar las siguientes pretensiones:

“1. Se declare que entre Sampol y OHL se suscribió con apego a la ley contrato que tuvo por objeto “Suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras para la certificación del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón (CLO) bajo la normativa de la Organización de la Aviación Civil Internacional -OACI-, de conformidad con las especificaciones técnicas del proyecto, el plazo, plan de trabajo demás aspectos expresados en los anexos”.

Por las razones expuestas en la parte considerativa, y teniendo en cuenta que la Convocada en la contestación de la demanda se allana a la presente pretensión y que en el escrito de alegaciones aportado por su apoderado manifestó que “Teniendo en cuenta lo probado en el proceso, corresponderá al H. Tribunal despachar de forma negativa todas las pretensiones de la demanda, a excepción de la primera ...”, el Tribunal procederá a despachar favorablemente esta pretensión, la cual queda en los mismo términos solicitados.

“2. Se declare que Sampol Colombia SAS cumplió con sus obligaciones contractuales en la forma y tiempo debidas, de conformidad con el texto del contrato.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

En las consideraciones el Tribunal, al resolver las excepciones planteadas por la Convocada revisó el cumplimiento de las obligaciones contractuales de Sampol. Al analizar las pruebas que constan en el expediente encontró dos (2) comunicaciones provenientes del representante legal de OHL y dirigidas a Sampol, una del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017) y otra del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), y en ambas OHL reconoce que Sampol cumplió íntegramente sus obligaciones prevista en el Contrato de Obra suscrito el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

De igual forma, como se ha mencionado anteriormente, durante la práctica de la inspección judicial decretada a la pista del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón, que se realizó el dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020), con el acompañamiento de funcionarios de la concesionaria del aeropuerto Aerocali S.A., el Tribunal pudo constatar directamente la ejecución de las obras objeto del contrato celebrado entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Sampol Colombia SAS, y en ningún momento durante la práctica de esta diligencia el apoderado de la convocada, quien había solicitado la prueba, manifestó su inconformidad con la ejecución del contrato, ni adujo el incumplimiento del mismo por parte de la convocante.

En la comunicación del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017) OHL manifestó que “A la fecha de la presente, las obras objeto del Contrato se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra a cargo de OHL y para la cual fue contratado Sampol”, y en la comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017) remite el borrador del acta de liquidación del denominado Contrato suscrito el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), objeto de las diferencias sometidas a este Tribunal, en la cual se incluyó que “las actividades objeto del contrato fueron ejecutadas dentro del plazo pactado y recibidas a satisfacción por la supervisión y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS”.

Por su parte, la demandada se opuso a esta pretensión solamente haciendo referencia al presunto incumplimiento de Sampol en cuando al régimen de IVA aplicable al Contrato, tema sobre el cual este Tribunal se refirió en las consideraciones de forma extensa.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Por lo anterior, se despacha favorablemente esta segunda pretensión.

“3. Se declare que CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS incumplió las suyas, así:

- i- la obligación de pagar a Sampol la remuneración pactada en la forma y tiempo debidos.*
- ii- La obligación de devolver a Sampol las sumas de dinero que retuvo a título de retención en garantía en el tiempo previsto en el Parágrafo Primero de la Clausula sexta del contrato.”*

La Convocante señala en el hecho 3.5 de la demanda que cobró el saldo pendiente a cargo de OHL, mediante las I facturas 024 y 025, las cuales fueron devueltas, mediante nota del nueve 9 de octubre de 2017. Sigue manifestando la convocante que: “La falta de pago es un incumplimiento inexcusable de su principal obligación, que ha causado perjuicios económicos a Sampol.” que tienen origen en el Contrato de Obra objeto de las diferencias, y las cuales son exigibles, las cuales son exigibles con este contrato

No es aceptable el argumento de la Convocada que aduce que el pago reclamado por Sampol, a través de las facturas 024 y 025, no es exigible por estar sujeto a una condición suspensiva. Pero el Tribunal considera que el pago no está sujeto a una condición suspensiva, y que el pago está sujeto a lo dispuesto en el Contrato de Obra del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Es de recordar que por medio de la factura 024 antes aludida, se cobró el “suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras, para la certificación del Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón por un valor de \$ 905.444.768”, lo cual corresponde a una parte del saldo pendiente de las obligaciones a cargo de OHL, de conformidad con el contrato celebrado entre las partes.

Por su parte, mediante la factura 025 antes aludida, se cobró el “suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras, para la certificación del Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón por un valor de \$ 486.682.545”, lo cual

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

corresponde al saldo final pendiente de las obligaciones de pago a cargo de OHL de conformidad con el contrato celebrado entre las partes.

El valor total de las obligaciones que inicialmente se cobraron mediante las facturas 024 y 025, ascienden a un valor total de \$1.394.127.313 antes de IVA. Debe quedar claro que la anterior suma no contiene los valores retenidos en garantía por parte de OHL, de conformidad con el parágrafo 1 de la cláusula 6 del contrato celebrado por las partes.

Para el Tribunal las obligaciones de que tratan las facturas son exigibles porque dentro del trámite se demostró que Sampol cumplió con las obras contratadas y que OHL recibió a satisfacción los trabajos a cargo de Sampol, y, por lo tanto, en aplicación de la cláusula sexta del Contrato, Sampol tenía derecho a facturar el precio en los términos acordados.

De la misma manera, en aplicación de la misma cláusula del Contrato, OHL tenía la obligación de pagar el precio convenido y no demostró dentro del trámite arbitral que lo hubiera realizado.

La cláusula sexta del Contrato contiene un procedimiento exhaustivo para la facturación y pago del precio pactado, y establece de manera precisa unos requisitos que debía cumplir Sampol para elaborar las facturas respectivas, y a partir de su elaboración es también claro el plazo que tenía OHL para el pago de las mismas. En la misma cláusula se prevé un derecho a favor del Contratante de manifestar que no está de acuerdo con los documentos de soporte, que son necesarios para tramitar el pago, y consecuentemente rechazarlos.

OHL no manifestó ninguna inconformidad con las facturas número 13, 14, 15 y 16, todas del año dos mil diecisiete (2017), y por el contrario las pagó, y después de no manifestar reparo alguno, alegó que Sampol liquidó el IVA aplicando el régimen equivocado y que por eso su pago de las facturas mencionadas fue en exceso. No obra en el expediente ninguna prueba que haya aportado OHL del rechazo de estas facturas.

El Tribunal se ocupó de este punto al despachar desfavorablemente varias excepciones, para lo cual consideró que el denominado Contrato de Obra no cumple con los requisitos

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

del régimen especial del IVA exigidos por el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992, norma de carácter imperativo y cuya interpretación es restrictiva, y, además, precisó que la DIAN, en el expediente administrativo VG 2017 2019 001751 dispuso que el régimen de IVA aplicable al denominado Contrato de Obra es el régimen general y no el especial previsto en el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992.

El Tribunal también despachó desfavorablemente la excepción de compensación propuesta por la Convocada, con la cual se pretendía que el supuesto exceso de pago por las facturas número 13, 14, 15 y 16, compensaran el pago de las facturas 024 y 025.

Por lo anterior, en la medida en que según las comunicaciones de OHL el trabajo contratado a Sampol fue prestado íntegramente a satisfacción, Sampol tenía derecho a cobrar el precio pactado, según el Contrato de Obra, y OHL tenía la obligación de pagarlo, según el denominado Contrato de Obra. OHL no aportó prueba del pago de las facturas 024 y 025, lo cual es obvio porque su propósito es la compensación, la cual no es admisible según este Tribunal.

Observa el Tribunal, los siguientes aspectos: 1. No se aprecia en el expediente, la existencia de cualquier medio probatorio que acredite el pago de las obligaciones solicitadas; 2. Las excepciones que en general se dirigen a establecer que las obligaciones exigidas por el convocante no tienen existencia, han sido despachadas desfavorablemente, las cuales no resultan oponibles ante la pretensión que aquí se examina; 3. Que la revisión del plenario por parte del Tribunal advierte la exigibilidad de las obligaciones que integran la presente pretensión, de conformidad con las exigencias que hace el contrato celebrado base de este trámite, para que el pago se realice. La terminación de las obras de cargo de Sampol, se encuentra acreditada mediante las comunicaciones emanadas de la convocada, en donde manifiesta sin reserva que se han recibido e incorporado a las obras en el Aeropuerto Internacional Bonilla Aragón (comunicación del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017) donde OHL manifestó que “A la fecha de la presente, las obras objeto del Contrato se encuentran terminadas y están perfectamente integradas a la obra a cargo de OHL y para la cual fue contratado Sampol”, y en la comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017) en donde remite el borrador del acta de liquidación del

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Contrato de Obra suscrito el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).); en cuanto al Acta de Liquidación de Contrato, es claro que las partes no la firmaron por cuanto se encontraban en posiciones divergentes, que no pudieron conciliar, respecto de la liquidación y pago del IVA de las facturas 013, 014, 015 y 016, efectuadas por Sampol, tema del cual se ha ocupado este Tribunal en la revisión y estudio de las excepciones planteadas por la parte convocada. Es claro que este requisito formal no puede proyectarse de manera limitada en el tiempo. Mediando la expresa manifestación del demandado respecto al recibo apropiado de las obras, de cargo de Sampol, encuentra justo este Tribunal apreciar la exigibilidad de las obligaciones de OHL en el sentido de pagar las obligaciones insolutas a su cargo. En todo caso, el Tribunal para este caso encuentra apropiado tener en cuenta todas las reflexiones que en general precisó en el análisis de las excepciones planteadas.

De tal forma, procede la declaratoria del incumplimiento de la Convocada por el no pago de la remuneración pactada en el denominado Contrato de Obra, en los términos del ordinal 3. i del acápite de pretensiones de la demanda.

Para una mayor claridad del lector aprecia el Tribunal con fundamento en el contrato que nos ocupa, y todo el material probatorio obrante en este trámite arbitral y lo antes dicho, transcribir a continuación un cuadro que refleja la situación de pagos y saldos insolutos de las obligaciones de cargo de OHL:

		Facturas pagadas	Importe antes de IVA	Iva 19% pagado	Retención en garantía 5% del valor de la factura antes de IVA	Amortización anticipo 10%
Valor contrato antes de iva	\$ 8.464.638.601,00	Nº 13 (070217)	\$ 1.435.546.733,00	\$ 272.753.879,00	\$ 71.777.337,00	\$ 143.554.673,00
Iva 19%	\$ 1.608.281.334,19	Nº 14 (010317)	\$ 1.496.558.925,00	\$ 284.346.196,00	\$ 74.827.946,00	\$ 149.655.892,00
Valor total contrato (precio global fijo)	\$ 10.072.919.935,19	Nº 15 (240317)	\$ 3.158.267.848,00	\$ 600.070.891,00	\$ 157.913.392,00	\$ 315.826.785,00
		Nº 16 (240417)	\$ 980.137.781,00	\$ 186.226.178,00	\$ 49.006.889,00	\$ 98.013.778,00
Anticipo 10% del valor del contrato factura 12 (031116)	\$ 846.463.860,10	Total	\$ 7.070.511.287,00	\$ 1.343.397.144,00	\$ 353.525.564,00	\$ 707.051.128,00
		Valor contrato	\$ 8.464.638.601,00			
Saldos pendientes			\$ 1.394.127.314,00	\$ 264.884.190,00	\$ 353.525.564,00	\$ 139.412.732,10

De otra parte y en lo que atañe a la pretensión 3.ii que aquí nos ocupa, la Convocante también incluye la solicitud de declarar el incumplimiento de la Convocada por no haber reintegrado las sumas de dinero correspondientes a la retención en garantía.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

El Parágrafo Primero de la cláusula sexta del denominado Contrato de Obra regula la retención en garantía, para lo cual dispone que de cada pago se haría una retención del 5% del valor de la factura antes de IVA, y que la suma retenida se reintegraría por OHL a Sampol dentro de un plazo determinado contado desde el momento en que los trabajos fueran aceptados a satisfacción.

En el acta de liquidación es claro que las partes no la firmaron teniendo en cuenta las divergencias, existentes entre las mismas, pero existen otras pruebas en el proceso, que permiten deducir claramente que la contratista cumplió con sus obligaciones, por lo tanto, no es dable apreciar que tal pago se proyecte sin solución en el tiempo. De tal manera, resulta justo manifestar que cumplidos estrictamente los demás requisitos y no existiendo acuerdo entre las partes para firmar tal acta, sea procedente el pago de tales obligaciones.

Verificado el caudal probatorio no se encuentra, como se dijo anteriormente, que el acta de liquidación de los trabajos facturados haya sido firmada, pero si se encuentra acreditado el borrador del acta de liquidación del contrato que fue remitido por la convocada mediante comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), suscrita por José María Pérez Lasheras, en su condición de representante legal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S., y dirigida a Sampol Colombia S.A.S., en el cual en el numeral 4 se manifiesta “Que las actividades objeto del contrato fueron ejecutadas dentro del plazo pactado y recibidas a satisfacción por la supervisión y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS”.

Para el Tribunal, según la comunicación del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017) y la comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), ambas debidamente firmadas por el representante legal de OHL y dirigidas a Sampol, de forma expresa OHL manifiesta su conformidad y aceptación de los trabajos a cargo de Sampol en virtud del Contrato de Obra. También considera el Tribunal que de estas comunicaciones se entiende que los trabajos fueron terminados por Sampol a satisfacción de OHL. Aunque no obra en el expediente la versión firmada del acta de liquidación del Contrato¹⁷³, su

¹⁷³ Folios 90 a 93 del Cuaderno de Pruebas N°1.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

borrador fue aportado por medio de la comunicación del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)¹⁷⁴, mencionada, y consta la voluntad de OHL del recibo a satisfacción de los trabajos a cargo de Sampol en virtud del Contrato de Obra.

De igual forma y como se ha venido reiterando en este Laudo, durante la práctica de la inspección judicial decretada a la pista del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón, que se realizó el dieciséis (16) de Septiembre de dos mil veinte (2020), con el acompañamiento de funcionarios de la concesionaria del aeropuerto Aerocali S.A., el Tribunal pudo constatar directamente la ejecución de las obras objeto del contrato celebrado entre Construcciones Colombianas OHL SAS y Sampol Colombia SAS, y en ningún momento durante la práctica de esta diligencia el apoderado de la convocada, quien había solicitado la prueba, manifestó su inconformidad con la ejecución del contrato, ni adujo el incumplimiento del mismo por parte de la convocante.

¿Cuándo debe OHL restituir a Sampol las sumas retenidas en los términos anteriores? La norma contractual antes citada señala al respecto: “ La suma retenida le será devuelta por el Contratante al Contratista dentro del plazo de treinta (180) días calendario, contados desde que el Contratante reciba definitivamente los Trabajos, sin reservas u observaciones, o si correspondiere, conjuntamente con el Pago a la Terminación Anticipada conforme al clausulado DECIMO CUARTO.”.

Es de resaltar que la convocante toma como plazo para el reintegro o reembolso de las sumas retenidas en garantía, ciento ochenta días, optando por el plazo mayor señalado en la norma contractual que presenta una incongruencia en el señalamiento del plazo de reintegro. En ese orden releva al Tribunal del análisis interpretativo respecto de ese plazo indicado.

Resulta claro que OHL retuvo en garantía el 5% de las sumas pagadas a Sampol, mediante las facturas 013, 014, 015 y 016, lo cual alcanza la suma de \$353.525.564. Lo anterior y

174 Folio 89 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

teniendo en cuenta la cláusula sexta parágrafo primero del contrato, advierte que la obligación de reintegro existe y es exigible.

En vista de lo anterior, para el Tribunal existe una manifestación inequívoca por parte de la Convocada de haber recibido a satisfacción el trabajo contratado a la Convocante Sampol. Se cumple de esta forma con el requisito fundamental para el reintegro de la retención en garantía, según la cláusula sexta del denominado Contrato de Obra del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). No se contempla en el denominado Contrato de Obra que el reintegro de la suma de dinero por concepto de retención en garantía está sujeta a la firma del acta de liquidación del Contrato de Obra. Por lo anterior, para el Tribunal es suficiente prueba de que el Contratante Construcciones Colombianas OHL S.A.S., recibió los trabajos a satisfacción, de conformidad con las comunicaciones del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017) y del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), ambas debidamente firmadas por el representante legal de OHL., y con el resultado de la inspección judicial practicada a la pista del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón el dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Como no existe prueba que indique que OHL reintegró la suma de dinero correspondiente a la retención en garantía, incumplió su obligación contractual al tenor de lo dispuesto en la cláusula sexta del Contrato de Obra.

Por todo lo anterior, el Tribunal despacha favorablemente la pretensión 3.ii.

“4. En consecuencia, de las anteriores declaraciones se condene a Construcciones Colombianas OHL SAS, a favor de Sampol, al pago de las siguientes sumas de dinero:

4.1. Saldo de obra y suministro de materiales pendientes de pago, previa amortización del anticipo recibido, que corresponde a la suma de mil tres cientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil quince pesos (\$1.394.127. 315.00), junto con el IVA a que haya lugar.

4.2. Al pago de intereses de mora a la máxima tasa legal dispuesta por la ley para este tipo de obligaciones, calculados sobre la suma pretendida en el anterior numeral de mil tres cientos noventa y cuatro millones ciento veintisiete mil quince pesos (\$1.394.127. 315.00), desde cuando se certificó por OHL la recepción de los últimos de los últimos trabajos

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

efectuados por Sampol y aún pendiente de pago se recibieron los trabajos por OHL el 29 de agosto de 2017, y hasta cuando su pago se produzca.

4.3. *La devolución de los dineros retenidos por OHL a título de retregarantía la suma de cuatrocientos siete millones cincuenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$407.057.728.00).*

4.4. *Al pago de los intereses de mora a la máxima tasa legal dispuesta por la ley para este tipo de obligaciones, calculados sobre la suma pretendida en el anterior numeral de cuatrocientos siete millones cincuenta y siete mil setecientos veintiocho pesos (\$407.057.728.00), desde el 1 de marzo de 2018 cuando se cumplió el plazo contractual para su devolución por parte de OHL, y hasta cuando su pago se produzca.*

4.5. *A título de reparación integral en los términos ordenados por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se condene a construcciones colombianas OHL a restituir el patrimonio de Sampol Colombia SAS en el valor en que esta se vea obligada a cancelar en favor de la DIAN las sanciones e intereses por presentación inexacta de las obligaciones de declaraciones de IVA, tal y como fuera Sampol requerida por aviso de emplazamiento para corregir con identificación No 32240202019000582 del 28/10/2019.*

4.6. *A las costas y demás gastos procesales a que haya lugar, incluidos honorarios de abogado y gastos de instalación y funcionamiento de este Tribunal.”.*

Teniendo en cuenta que para el Tribunal procede la declaratoria de incumplimiento por parte de OHL a sus obligaciones de pago y de reintegro de la suma de dinero por concepto de retención en garantía, como quedó visto al revisar y despachar favorablemente la pretensión tercera, en consecuencia, procede la condena a cargo de la Convocada indicada en las pretensiones 4.1, 4.2, 4.3, y 4.4.

Se precisa a continuación los montos correspondientes a las obligaciones que integran las condenas a cargo de la demandada, así:

- 4.1. Corresponde al saldo de obra y suministro de materiales pendientes de pago.
- 4.2. Intereses moratorios sobre el saldo insoluto establecido en el ordinal anterior.
- 4.3 Devolución de los dineros retenidos a título de garantía.
- 4.4 Intereses moratorios sobre el saldo insoluto establecido en el ordinal anterior.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

4.1. Corresponde al saldo de obra y suministro de materiales pendientes de pago.

De acuerdo con el ejercicio efectuado por el Tribunal para despachar la pretensión tercera anterior, se revisó el presente tema, para lo cual se estableció la suma mil tres cientos noventa y cuatro millones, ciento veintisiete mil, trescientos catorce pesos (\$1.394.127.314), como la correspondiente al saldo indicado. La anterior suma como se ha repetido corresponde al saldo insoluto de cargo de OHL, debido a Sampol S.A.S por concepto de obra y suministro de materiales pendientes de pago, suma la cual inicialmente se cobró mediante las facturas 024 y 025, que como igualmente se indicó fueron objeto de devolución del deudor al acreedor.

4.2. Intereses moratorios sobre el saldo insoluto establecido en el ordinal anterior.

Sobre el presente particular debemos efectuar las siguientes precisiones: 1. La obligación de que trata el ordinal 4.1. anterior, podemos calificarla de mercantil, por cuanto deviene de un contrato calificado como de mercantil en los términos del artículo 21 del Código de Comercio; 2. Como se precisó en la revisión de la pretensión tercera anterior, la obligación de que trata el ordinal 4.1. se encuentra en mora desde el veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete 2017 hasta que se realice su pago; 3. Que las partes no establecieron tasa de interés moratoria aplicable para el presente caso; 4. Que el artículo 884 del Código de Comercio y la jurisprudencia patria consagra a nivel supletivo, que en estos casos de no especificación de intereses por vía contractual, será aplicable el 1,5 del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera¹⁷⁵; 5. Que por corresponder a un hecho notorio, no es menester que las partes acrediten la tasa correspondiente al interés corriente bancario, en los términos de los artículos 167 y 180 del Código General de Proceso. Estos intereses de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera se irán liquidando respecto del saldo insoluto año a año de manera independiente, para establecer al final su sumatoria con el objeto de evitar cualquier modalidad de anatocismo;

¹⁷⁵ El histórico de la tasa de usura certificado por las Superintendencia Financiera utilizado para la liquidación de intereses moratorios puede ser consultado en:
<https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile10948&downloadname=historicousura.xls>

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

6. Efectuada la liquidación correspondiente al presente ítem, tenemos los resultados que se evidencia en el cuadro explicativo que se transcribe a continuación, los cuales se encuentran liquidados hasta la fecha del presente Laudo, esto es dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020):

PERIODO		PORCIÓN MES [(día final - día inicial + 1) / 30]	TASA E.A.	TASA MENSUAL (1 + E.A.) ⁿ (1/12) - 1	CAPITAL	INTERESES porc.mes * tasames * capital
29-ago.-17	al 31-ago.-17	0,07	32,97%	2,40%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 2.230.603,70
1-sep.-17	al 30-sep.-17	1,00	32,22%	2,35%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 32.761.991,88
1-oct.-17	al 31-oct.-17	1,00	31,73%	2,32%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 32.343.753,68
1-nov.-17	al 30-nov.-17	1,00	31,44%	2,30%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 32.064.928,22
1-dic.-17	al 31-dic.-17	1,00	31,16%	2,29%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 31.925.515,49
1-ene.-18	al 31-ene.-18	1,00	31,04%	2,28%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 31.786.102,76
1-feb.-18	al 28-feb.-18	1,00	31,52%	2,31%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 32.204.340,95
1-mar.-18	al 31-mar.-18	1,00	31,02%	2,28%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 31.786.102,76
1-abr.-18	al 30-abr.-18	1,00	30,72%	2,26%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 31.507.277,30
1-may.-18	al 31-may.-18	1,00	30,66%	2,25%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 31.367.864,56
1-jun.-18	al 30-jun.-18	1,00	30,42%	2,24%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 31.228.451,83
1-jul.-18	al 31-jul.-18	1,00	30,05%	2,21%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 30.810.213,64
1-ago.-18	al 31-ago.-18	1,00	29,91%	2,20%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 30.670.800,91
1-sep.-18	al 30-sep.-18	1,00	29,72%	2,19%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 30.531.388,18
1-oct.-18	al 31-oct.-18	1,00	29,45%	2,17%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 30.252.562,71
1-nov.-18	al 30-nov.-18	1,00	29,24%	2,16%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 30.113.149,98
1-dic.-18	al 31-dic.-18	1,00	29,10%	2,15%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.973.737,25
1-ene.-19	al 31-ene.-19	1,00	28,74%	2,13%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.694.911,79
1-feb.-19	al 28-feb.-19	1,00	29,55%	2,18%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 30.391.975,45
1-mar.-19	al 31-mar.-19	1,00	29,06%	2,15%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.973.737,25
1-abr.-19	al 30-abr.-19	1,00	28,98%	2,14%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.834.324,52
1-may.-19	al 31-may.-19	1,00	29,01%	2,15%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.973.737,25
1-jun.-19	al 30-jun.-19	1,00	28,95%	2,14%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.834.324,52
1-jul.-19	al 31-jul.-19	1,00	28,92%	2,14%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.834.324,52
1-ago.-19	al 31-ago.-19	1,00	28,98%	2,14%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.834.324,52
1-sep.-19	al 30-sep.-19	1,00	28,98%	2,14%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.834.324,52
1-oct.-19	al 31-oct.-19	1,00	28,65%	2,12%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.555.499,06
1-nov.-19	al 30-nov.-19	1,00	28,55%	2,12%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.555.499,06
1-dic.-19	al 31-dic.-19	1,00	28,37%	2,10%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.276.673,59
1-ene.-20	al 31-ene.-20	1,00	28,16%	2,09%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.137.260,86
1-feb.-20	al 29-feb.-20	1,00	28,59%	2,12%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.555.499,06
1-mar.-20	al 31-mar.-20	1,00	28,43%	2,11%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 29.416.086,33
1-abr.-20	al 30-abr.-20	1,00	28,04%	2,08%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.997.848,13
1-may.-20	al 31-may.-20	1,00	27,29%	2,03%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.300.784,47
1-jun.-20	al 30-jun.-20	1,00	27,18%	2,02%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.161.371,74
1-jul.-20	al 31-jul.-20	1,00	27,18%	2,02%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.161.371,74
1-ago.-20	al 31-ago.-20	1,00	27,44%	2,04%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.440.197,21
1-sep.-20	al 30-sep.-20	1,00	27,53%	2,05%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.579.609,94
1-oct.-20	al 31-oct.-20	1,00	27,14%	2,02%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 28.161.371,74
1-nov.-20	al 30-nov.-20	1,00	26,76%	2,00%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 27.882.546,28
1-dic.-20	al 16-dic.-20	0,53	26,19%	1,96%	\$ 1.394.127.314,00	\$ 14.573.277,52
TOTAL INTERESES MORATORIOS						\$ 1.190.519.666,87
CAPITAL						\$ 1.394.127.314,00
TOTAL DEUDA						\$ 2.584.646.980,87

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

4.3 Devolución de los dineros retenidos a título de garantía.

Resulta claro que OHL retuvo en garantía el 5% de las sumas pagadas a Sampol, mediante las facturas 013, 014, 015 y 016, lo cual alcanza la suma de trescientos cincuenta y tres millones, quinientos veinticinco mil, quinientos sesenta y cuatro pesos (\$353.525.564). Lo anterior y teniendo en cuenta la cláusula sexta parágrafo primero del contrato, advierte que la obligación de reintegro existe y que es exigible.

En ese orden el Tribunal acoge la presente pretensión, lo cual impone que la demandada Construcciones Colombianas OHL S.A.S. restituya al demandante Sampol Colombia S.A.S. por concepto de capital la suma de trescientos cincuenta y tres millones, quinientos veinticinco mil, quinientos sesenta y cuatro pesos (\$353.525.564), retenida en los términos del artículo sexto parágrafo primero.

4.4 Intereses moratorios sobre el saldo insoluto establecido en el ordinal anterior.

Sobre el presente particular debemos efectuar las siguientes precisiones: 1. La obligación de que trata el ordinal 4.3. anterior, podemos calificarla de mercantil, por cuanto deviene de un contrato calificado como de mercantil en los términos del artículo 21 del Código de Comercio; 2. Como se precisó en la revisión de la pretensión tercera anterior, la obligación de que trata el ordinal 4.3. se encuentra en mora desde el primero (01) de marzo de dos mil dieciocho 2018 hasta el día de su pago efectivo; 3. Que las partes no establecieron tasa de interés moratoria aplicable para el presente caso; 4. Que el artículo 884 del Código de Comercio y la jurisprudencia patria consagra a nivel supletivo, que en estos casos de no especificación de intereses por vía contractual, será aplicable el 1,5 del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera¹⁷⁶; 5. Que por corresponder a un hecho notorio, no es menester que las partes acrediten la tasa correspondiente al interés corriente bancario, en los términos de los artículos 167 y 180 del Código General de

¹⁷⁶ El histórico de la tasa de usura certificado por las Superintendencia Financiera utilizado para la liquidación de intereses moratorios puede ser consultado en:
<https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile10948&downloadname=historicousura.xls>

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Proceso. Estos intereses de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera se irán liquidando respecto del saldo insoluto año a año de manera independiente, para establecer al final su sumatoria con el objeto de evitar cualquier modalidad de anatocismo;

6. Efectuada la liquidación correspondiente al presente ítem, tenemos los resultados que se evidencia en el cuadro explicativo que se transcribe a continuación los cuales se encuentran liquidados hasta la fecha del presente Laudo, esto es dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020):

PERIODO		PORCIÓN MES [(diainicial- diafinal+1)/30]	TASA E. A.	TASA MENSUAL (1+E.A.) ⁿ (1/12)-1	CAPITAL	INTERESES porc. mes*tasames*cap ital
1-mar.-18	al 31-mar.-18	1,00	31,02%	2,28%	\$ 353.525.564,00	\$ 8.060.382,86
1-abr.-18	al 30-abr.-18	1,00	30,72%	2,26%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.989.677,75
1-may.-18	al 31-may.-18	1,00	30,66%	2,25%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.954.325,19
1-jun.-18	al 30-jun.-18	1,00	30,42%	2,24%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.918.972,63
1-jul.-18	al 31-jul.-18	1,00	30,05%	2,21%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.812.914,96
1-ago.-18	al 31-ago.-18	1,00	29,91%	2,20%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.777.562,41
1-sep.-18	al 30-sep.-18	1,00	29,72%	2,19%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.742.209,85
1-oct.-18	al 31-oct.-18	1,00	29,45%	2,17%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.671.504,74
1-nov.-18	al 30-nov.-18	1,00	29,24%	2,16%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.636.152,18
1-dic.-18	al 31-dic.-18	1,00	29,10%	2,15%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.600.799,63
1-ene.-19	al 31-ene.-19	1,00	28,74%	2,13%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.530.094,51
1-feb.-19	al 28-feb.-19	1,00	29,55%	2,18%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.706.857,30
1-mar.-19	al 31-mar.-19	1,00	29,06%	2,15%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.600.799,63
1-abr.-19	al 30-abr.-19	1,00	28,98%	2,14%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.565.447,07
1-may.-19	al 31-may.-19	1,00	29,01%	2,15%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.600.799,63
1-jun.-19	al 30-jun.-19	1,00	28,95%	2,14%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.565.447,07
1-jul.-19	al 31-jul.-19	1,00	28,92%	2,14%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.565.447,07
1-ago.-19	al 31-ago.-19	1,00	28,98%	2,14%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.565.447,07
1-sep.-19	al 30-sep.-19	1,00	28,98%	2,14%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.565.447,07
1-oct.-19	al 31-oct.-19	1,00	28,65%	2,12%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.494.741,96
1-nov.-19	al 30-nov.-19	1,00	28,55%	2,12%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.494.741,96
1-dic.-19	al 31-dic.-19	1,00	28,37%	2,10%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.424.036,84
1-ene.-20	al 31-ene.-20	1,00	28,16%	2,09%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.388.684,29
1-feb.-20	al 29-feb.-20	1,00	28,59%	2,12%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.494.741,96
1-mar.-20	al 31-mar.-20	1,00	28,43%	2,11%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.459.389,40
1-abr.-20	al 30-abr.-20	1,00	28,04%	2,08%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.353.331,73
1-may.-20	al 31-may.-20	1,00	27,29%	2,03%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.176.568,95
1-jun.-20	al 30-jun.-20	1,00	27,18%	2,02%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.141.216,39
1-jul.-20	al 31-jul.-20	1,00	27,18%	2,02%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.141.216,39
1-ago.-20	al 31-ago.-20	1,00	27,44%	2,04%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.211.921,51
1-sep.-20	al 30-sep.-20	1,00	27,53%	2,05%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.247.274,06
1-oct.-20	al 31-oct.-20	1,00	27,14%	2,02%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.141.216,39
1-nov.-20	al 30-nov.-20	1,00	26,76%	2,00%	\$ 353.525.564,00	\$ 7.070.511,28
1-dic.-20	al 16-dic.-20	0,53	26,19%	1,96%	\$ 353.525.564,00	\$ 3.695.520,56
TOTAL INTERESES MORATORIOS						\$ 252.365.402,29
CAPITAL						\$ 353.525.564,00
TOTAL DEUDA						\$ 605.890.966,29

4.5. Reparación integral

En relación con la pretensión 4.5, el Tribunal, por las razones expuestas en la parte considerativa, niega dicha pretensión. De tal forma en que no se condenará a la Convocada *“a restituir el patrimonio de Sampol Colombia SAS en el valor en que esta se vea obligada a cancelar en favor de la DIAN las sanciones e intereses por presentación inexacta de las obligaciones de declaraciones de IVA”*.

4.6. Costas procesales y agencias en derecho:

Teniendo en cuenta que la parte convocada fue vencida dentro del presente trámite arbitral le corresponde asumir las costas del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda prosperó parcialmente, por cuanto la pretensión contenida en el ordinal 4.5 del acápite de pretensiones no fue aceptada por el Tribunal, al haber prosperado la excepción correspondiente.

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del Código General del Proceso¹⁷⁷, el Tribunal procederá a hacer una condena parcial en costas y agencias en derecho, acudiendo a un criterio de *racionalidad*, toda vez que como se expresó en el punto de Conducta de las Partes no advierte tacha en la conducta procesal de las partes y de sus apoderados.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que ambas Partes consignaron completa y oportunamente las sumas a su cargo, Construcciones Colombianas OHL S.A.S. deberá reintegrarle a Sampol Colombia S.A.S. a título de costas procesales el equivalente al ochenta por ciento (80%) de los valores pagados por ésta, valga decir, honorarios de los

¹⁷⁷ “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso [...]

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Árbitros y del Secretario, gastos de funcionamiento del Tribunal y gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En cuanto a las agencias en derecho definidas como “*una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente*” ¹⁷⁸.

Para estos efectos, el Tribunal fija las agencias en derecho en la suma de treinta y siete millones ciento ochenta y nueve mil seiscientos veinte pesos (**\$37.189.620**), equivalente al 80% de los honorarios de un árbitro antes de IVA. Estas agencias serán asumidas en su totalidad por Construcciones Colombianas OHL a favor de Sampol Colombia S.A.S

En la siguiente tabla se presenta el detalle de la liquidación de costas y agencias en derecho:

Cuantía base liquidación valor de las pretensiones de la demanda (\$ 3.099.135.002)			
CONCEPTO	HONORARIOS	IVA (19%)	TOTAL
Honorarios Árbitro 1	\$46.487.025,03	\$8.832.534,75	\$ 55.319.559,78
Honorarios Árbitro 2	\$46.487.025,03	\$8.832.534,75	\$ 55.319.559,78
Honorarios Árbitro 3	\$46.487.025,03	\$8.832.534,75	\$ 55.319.559,78
Honorarios secretario	\$23.243.512,52	N/A	\$ 23.243.512,52
Gastos Centro de Arbitraje	\$23.243.512,52	\$4.416.267,37	\$ 27.659.779,89
Otros Gastos	\$ 2.000.000	N/A	\$ 2.000.000,00
Total Honorarios y Gastos	\$ 186.948.100,12	\$30.913.871,62	\$ 218.861.971,75
Valor asumido por Sampol Colombia S.A.S (50%)			\$109.430.985,87
Valor asumido por Construcciones Colombianas OHL S.A.S (50%)			\$109.430.985,87
80% del total de costas a cargo de Construcciones Colombianas OHL S.A.S (a)			\$87.544.788,69

¹⁷⁸ Considerandos del ACUERDO No. PSAA16-10554 del 5 de Agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

80% del total de agencias en derecho a cargo de Construcciones Colombianas OHL S.A.S (b)	\$37.189.620
Total a cargo de Construcciones Colombianas OHL S.A.S – Suma de (a) + (b): Ciento veinticuatro millones setecientos treinta y cuatro mil, cuatrocientos ocho pesos con sesenta y nueve centavos.	\$124.734.408,69

D. OBJECCIÓN JURAMENTO ESTIMATORIO¹⁷⁹

Durante el término de contestación de la demanda, la parte demandada objetó el juramento estimatorio¹⁸⁰ que la demandante presentó al subsanar la demanda en los siguientes términos: *“A través del juramento estimatorio el demandante ha pretendido acreditar la cuantía de sus pretensiones; sin embargo, los montos que componen dicha cuantía no se corresponden con valores adeudados, ni tampoco en mora. El actor, en sus pretensiones de condena no ha actuado con lealtad al cuantificar su reclamo, pues las pruebas aportadas con la contestación de la demanda –y también con las entregadas con la demanda misma– aniquilan la exorbitante suma pedida, a la que el actor aplica, a su vez, intereses de mora de forma caprichosa y sin sustento; por esta razón, formulamos objeción al juramento estimatorio como se pasa a indicar.”.*

El fundamento de las objeciones radica fundamentalmente en los mismos argumentos planteados en las excepciones de mérito, es decir, la naturaleza jurídica del contrato objeto de controversia, la aplicación del régimen especial del IVA establecido en el artículo 3 del Decreto 1372 1992, y en la compensación por el pago equivocado del IVA. En consecuencia, no se corresponden con sumas adeudadas, ni tampoco en mora.

Desde el Código Judicial y con posterioridad en el Código de Procedimiento Civil, esta figura viene contemplada en nuestro ordenamiento, previéndose sanción de multa para la parte que, bajo juramento, no hace una estimación razonada de sus pretensiones económicas.

¹⁷⁹ Cuaderno digital principal/archivo “8.3 OBJECCION JURAMENTO ESTIMATORIO 22042020”

¹⁸⁰ Cuaderno digital principal/archivo “3 MEMORIAL SUBSANACION DEMANDA 04032020”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

La norma que en la actualidad trata el juramento estimatorio, está contenida en el Artículo 206 del Código General del Proceso, no solo como medio de prueba, sino como requisito de admisión de la demanda, disposición que le atribuye a la parte, el deber de realizar una estimación razonable, pues en caso de ser excesiva, se impondrá la multa correspondiente. En efecto, el artículo en mención dispone: *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria, dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.”*.

De conformidad con la modificación efectuada a dicha norma por el artículo 13 de la ley 1743 del 2014, si la cantidad estimada excediera el cincuenta por ciento (50%), a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio, a pagar una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia, entre la cantidad estimada y la cantidad probada y el párrafo del citado artículo, dice que también habrá lugar a la condena en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de perjuicios y la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda, cuyas pretensiones fueron desestimadas.

Advierte al final que: *“La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”*.

En este proceso, el Tribunal observa que la parte demandante ha cumplido con el requisito del juramento estimatorio de la siguiente manera:

En su escrito de subsanación, el demandante individualiza las cuantías en las que soporta su juramento, distinguiendo entre daño emergente y lucro cesante.

i. Por concepto de daño emergente

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

Cuantifica el demandante en el literal a) de su escrito, la suma de \$1.394.127.315 correspondiente a bienes suministrados y servicios prestados en el marco del contrato objeto de esta controversia.

- a. Cuantifica el demandante en el literal b) de su escrito el valor de \$264.884.190 correspondiente al IVA a facturar sobre la anterior suma de dinero, a la tasa gravable del 19%.
- b. Cuantifica el demandante en el literal c) de su escrito, el valor de \$407.057.728 correspondiente a la suma que OHL retuvo de las facturas efectivamente pagadas, a título de “retegarantía”

ii. Por lucro cesante

- a. Cuantifica el demandante el valor de \$821.295.717 por intereses de mora, por los bienes y servicios del literal (a) por daño emergente, generados “desde el día siguiente en que OHL dio por recibida a satisfacción la obra el día 28 de agosto de 2017 y hasta el día anterior de la presentación de la demanda, que corresponden a 835 días”.
- b. Cuantifica el demandante el valor de \$211.770.652 por intereses de mora, por las sumas retenidas en garantía, desde el 1 de marzo de 2018 y hasta el día anterior a la presentación de la demanda.

De otra parte, el Tribunal advierte que el demandante solicita “*a título de reparación integral en los términos ordenados por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se condene a Construcciones Colombianas OHL a restituir el patrimonio de SAMPOL Colombia SAS en el valor en que esta se vea obligada a cancelar en favor de la DIAN las sanciones e intereses por presentación inexacta de declaraciones de IVA, tal y como fuera SAMPOL requerida*”

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

por aviso de emplazamiento para corregir con identificación No 32240202019000582 de 28/10/2019.”¹⁸¹

Es del caso resaltar que, para el Tribunal, las estimaciones de la solicitud que hizo la convocante están respaldadas en análisis responsables y serios, con interpretaciones lógicas; no encuentra afirmaciones tendenciosas, ni de mala fe, injustas o ilegales, o que sus apreciaciones lleven a sospechar que hubo fraude.

En concepto del Tribunal, la imposición de las sanciones va precedida de un examen de la conducta de quien hizo la estimación juramentada, ya que la norma tiene como propósito, castigar las actuaciones negligentes, temerarias o de mala fe. En otras palabras, la multa persigue desestimular la formulación de pretensiones sobrestimadas, atrevidas, osadas o aventuradas.

Si la convocante, a lo largo del proceso, obró exenta de culpa al señalar bajo juramento la estimación de los perjuicios, cualquier sanción que se impusiere, se tomaría desproporcionada e injusta, pues aún la falta de prueba puede deberse a la ocurrencia de alguna de las contingencias a que están sometidos los procesos o la litis. Se repite que la sanción solo procede cuando sea consecuencia del actuar negligente o temerario de la parte que rindió el juramento.

Es claro para el Tribunal que no hay reproche de desproporción entre lo estimado bajo juramento en la demanda y la cuantía probada.

El análisis jurídico conduce entonces, a negar cualquier solicitud de sanción prevista en el Artículo 206 del Código General del Proceso.

¹⁸¹ Página 11 de la Demanda.

E. CONDUCTA DE LAS PARTES

El primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso referente al contenido de las sentencias establece que “[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas.”

En consecuencia, y a los fines de la disposición antes citada, el Tribunal pone de presente que a todo lo largo del Proceso, las Partes y sus respectivos Apoderados obraron con total apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

CAPÍTULO 4 PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto y atendidos los antecedentes y motivaciones antes expresados, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas y habilitado por las partes para dirimir las controversias suscitadas entre SAMPOL COLOMBIA S.A.S. (*Demandante*) y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. (*Demandado*), administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por **autoridad de la ley, en decisión unánime,**

RESUELVE

PRIMERA- Desestimar las excepciones de mérito propuestas por la demandada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo, con excepción de la 3.31 del acápite de pretensiones de la contestación de la demanda.

SEGUNDA- Declarar fundada la excepción señalada en el ordinal 3.31 de la contestación de la demanda de acuerdo con la parte motiva del presente Laudo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

TERCERA- Declarar que entre CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. y SAMPOL COLOMBIA S.A.S, se suscribió el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) un contrato que tuvo por objeto el *“Suministro de materiales y ejecución de obras eléctricas y balizamiento para las obras para la certificación del aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón (CLO) bajo la normativa de la Organización de la Aviación Civil Internacional -OACI-, de conformidad con las especificaciones técnicas del proyecto, el plazo, plan de trabajo demás aspectos expresados en los anexos.”*.

CUARTA- Declarar que SAMPOL COLOMBIA S.A.S. cumplió con sus obligaciones contractuales en la forma y tiempo debidas, de conformidad con el texto de contrato celebrado con CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), como se demostró durante el trámite del proceso arbitral.

QUINTA- Declarar que el contratante CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S., incumplió el Contrato celebrado el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) con el contratista SAMPOL COLOMBIA S.A.S., al no haberle pagado en su totalidad el precio convenido y no devolverle la suma retenida en garantía, como se explicó en la parte motiva del presente Laudo.

SEXTA- Condenar a CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a pagar a SAMPOL COLOMBIA S.A.S., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, la suma de **MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES, CIENTO VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS CATORCE PESOS (\$1.394.127.314)**, más el IVA, por concepto del saldo pendiente por pagar correspondiente al Contrato suscrito el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) entre CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. y SAMPOL COLOMBIA S.A.S.

SÉPTIMA- Condenar a CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a pagar a SAMPOL COLOMBIA S.A.S., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, la suma de **MIL CIENTO NOVENTA MILLONES, QUINIENTOS DIECINUEVE MIL, SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y SIETE**

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

CENTAVOS (\$ 1.190.519.666,87) por concepto de intereses moratorios de la suma de la condena anterior, liquidados a la fecha de expedición del Laudo. En el caso que esta suma no se pague dentro del término señalado, deberá actualizarse a la fecha en que se lleve a cabo el pago, a la tasa máxima permitida por Ley para este tipo de obligaciones comerciales.

OCTAVA- Condenar a CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a pagar a SAMPOL COLOMBIA S.A.S., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, la suma de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES, QUINIENTOS VEINTICINCO MIL, QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$353.525.564)**, por concepto del reintegro de la retención en garantía en virtud del Contrato suscrito el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) entre CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. y SAMPOL COLOMBIA S.A.S.

NOVENA- Condenar a CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a pagar a SAMPOL COLOMBIA S.A.S., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES, TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$252.365.402,29)** por concepto de intereses moratorios de la suma de la condena anterior, liquidados a la fecha de expedición del Laudo. En el caso que esta suma no se pague dentro del término señalado, deberá actualizarse a la fecha en que se lleve a cabo el pago, a la tasa máxima permitida por Ley para este tipo de obligaciones comerciales.

DÉCIMA- Declarar infundada y por lo tanto negar la pretensión 4.5 de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo.

DÉCIMA PRIMERA- Condenar a CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. a pagar a favor de SAMPOL COLOMBIA S.A.S. la suma **CIENTO VEINTICUATRO MILLONES, SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL, CUATROCIENTOS OCHO PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$124.734.408,69)** por concepto de costas y agencias en derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)

DÉCIMA SEGUNDA- Respecto a la objeción del juramento estimatorio, el Tribunal aprecia que la misma no es procedente de conformidad con las consideraciones del Laudo y, por consiguiente, no impone a la parte demandante sanción alguna en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso.

DÉCIMA TERCERA- Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

DÉCIMA CUARTA- Disponer que el Presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de gastos que fue utilizada.

DÉCIMA QUINTA- Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

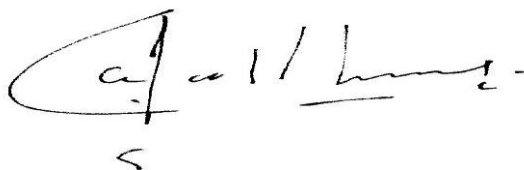
DÉCIMA SEXTA- Disponer que en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMA SÉPTIMA- Remitir el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje, para que proceda al archivo de este de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Cúmplase,

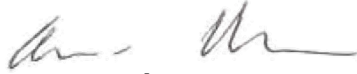
Se firma en Bogotá D.C. hoy dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020).



RAFAEL FRANCISCO NAVARRO DÍAZGRANADOS

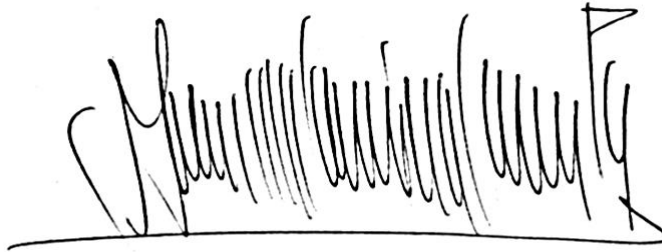
Árbitro-Presidente

TRIBUNAL ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S.
VS
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S
(Caso N.º 120106)



OMAR RODRÍGUEZ TURRIAGO

Árbitro



MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA

Árbitro



ANDRÉS FERNANDO TORRES MARTÍNEZ

Secretario